

Tous droits réservés



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Master 2 Droit des affaires

Mémoire de recherche

Promotion 2022

La « durabilité », un nouveau concept juridique ?

Roger Welter

Sous la direction de Madame le Professeur France Drummond

Les opinions exprimées ci-après sont propres à leur auteur ; la Faculté ne saurait être considérée comme leur accordant une quelconque approbation.

Ce mémoire est à jour des réformes au 20 juin 2022.

À Alfred.

*Mes remerciements vont au Professeur France Drummond pour sa disponibilité et sa bienveillance, ainsi qu'à tous ceux qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, à l'aboutissement de ce travail.
Des remerciements particuliers vont à Narindo pour son amitié.*

Principales abréviations

Al.	Alinéa
ANN. REV. FIN. ECON	Annual Review of Financial Economics
Art.	Article
BJB	Bulletin Joly Bourse
BJS	Bulletin Joly Sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Ch.	Chapitre
CMF	Code monétaire et financier
Cons.	Considérant
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Dr. sociétés	Revue de droit des sociétés
Éd.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
J. FIN. ECON	Journal of Financial Economics
JCP E	La Semaine juridique Entreprises et affaires
JCP N	La Semaine juridique Édition notariale et immobilière
JOCE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mél.	Mélanges
N.Y. Bus. Corp. Law	New York Business Corporation Law
Op. cit.	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
P.	Page
PE	Parlement européen
Préf.	Préface
PUF	Presses universitaires de France
RDA	Revue de droit d'Assas

Rev. sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Et suivants
Spéc.	Spécialement
T.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Th.	Thèse
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction

Première partie : L'approche conceptuelle de la « durabilité »

Titre 1er : L'existence du concept mise en question

Chapitre 1er : Une terminologie acquise mais ne faisant pas l'unanimité

Chapitre 2 : Une notion de « durabilité » mal définie

Titre 2 : Une « durabilité » polysémique ?

Chapitre 1er : La durabilité *externe* : le respect par l'entreprise des enjeux du développement durable

Chapitre 2 : La durabilité *interne* : l'entreprise appelée à être durable

Seconde partie : Du concept à la norme

Titre 1er : La traduction normative de la durabilité

Chapitre 1er : Une entreprise rendant compte de son intégration des enjeux de durabilité

Chapitre 2 : Une entreprise, acteur même de la durabilité

Titre 2 : Les difficultés à transposer normativement la durabilité

Chapitre 1er : Une démarche critiquée

Chapitre 2 : Une démarche à améliorer

Introduction

« *Le climat change, peut-être que nous devrions faire de même* », a-t-on pu dire un jour, le message sous-tendu étant de mettre en garde la société contre les risques du changement climatique et de promouvoir en même temps une évolution des comportements afin d'assurer, pour l'avenir, une préservation optimale de l'environnement.

Saisie juridiquement, cette citation non attribuée apparaît particulièrement pertinente, tant le droit a pu subir de transformations ces dernières années, aussi bien au niveau national qu'au niveau européen, aux fins, précisément, d'appréhender au mieux les nouveaux enjeux sociaux et environnementaux liés au changement climatique et de s'assurer de leur prise en compte par les différents acteurs de la vie économique. Parmi ceux-ci, ce sont probablement les entreprises, de plus en plus perçues comme devant jouer un rôle central dans le combat nécessaire, qui ont subi les transformations de leur droit les plus importantes.

Ces transformations du droit des sociétés s'expliquent par le contexte dans lequel elles s'inscrivent, caractérisé par des enjeux environnementaux placés au coeur du débat de société. Comme l'analyse le Professeur Catherine Malecki, « *Le réchauffement climatique fait partie des défis environnementaux mais aussi sociaux et économiques les plus importants que l'humanité doit affronter.* »¹ En effet, les rapports du GIEC (groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat)² portant périodiquement sur l'état du climat se montrent chaque année plus alarmistes : le dernier en date, publié en avril 2022, et portant sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre, met en garde contre le risque de ne pas parvenir à respecter l'objectif d'un réchauffement climatique limité à 1,5°C d'ici 2030³, si ces émissions ne sont pas sensiblement réduites ces prochaines années. Le rapport précédent, datant d'août 2021, avait, quant à lui, démontré que la responsabilité humaine au sujet des bouleversements climatiques est « sans équivoque », là où les précédents rapports du GIEC la qualifiaient uniquement d'« extrêmement probable ».

Dans ce contexte d'urgence climatique et de nécessaire transition vers une économie décarbonée, l'entreprise, du fait de sa position centrale au sein de la vie économique, est vue aujourd'hui comme l'un des vecteurs privilégiés du changement, et ce, d'autant plus qu'elle est considérée comme étant en grande partie à la racine des difficultés actuelles. C'est ainsi qu'au fil des réformes, tant nationales qu'européennes, elle s'est progressivement vue imposer une véritable responsabilité à l'égard de la société et de son environnement, celle-ci ayant, dans un premier temps, été désignée sous le terme

¹ MALECKI C., *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, L.G.D.J., 2014, p. 9

² instance d'expertise scientifique placée sous l'autorité de l'Organisation météorologique mondiale et de l'ONU

³ objectif convenu lors de l'Accord de Paris en 2015

de « responsabilité sociale des entreprises », ou encore « responsabilité sociétale des entreprises », ou encore « responsabilité sociale et environnementale », portant à chaque fois l'acronyme RSE.

Cette approche consistant à responsabiliser l'entreprise vis-à-vis de la société n'est, en réalité, pas nouvelle. Si la recherche des origines de la RSE contemporaine peut paraître délicate, la plupart des auteurs s'accordent pour considérer qu'elles se situent aux États-Unis du XIXe siècle, où, face au constat des ravages causés par une industrialisation effrénée et incontrôlée (sur le plan social et environnemental), s'est développée la thèse de « l'entreprise citoyenne », l'idée étant que l'entreprise, à côté de sa recherche habituelle du profit, se doit de se comporter de manière morale vis-à-vis de la société qui l'entoure. Prenant dans un premier temps la forme de la philanthropie et du mécénat, essentiellement exercés de la fin du XIXe jusqu'au début du XXe siècle par les plus riches hommes d'affaires américains⁴, elle se voit surtout théorisée par le courant « *Business and Society* » au cours des années 1950, ce mouvement de pensée développant une vision renouvelée de l'entreprise et de son rôle sociétal, en ce qu'elle serait appelée, en sa qualité de membre à part entière de la société, à être au service de l'intérêt général. Principal représentant du mouvement, Howard Bowen (1908-1989) publie en 1953 un ouvrage programmatique « *The Social Responsibilities of Businessmen* »⁵, considéré par certains auteurs comme « l'ouvrage fondateur de la RSE »⁶, et qui a pour originalité de préciser de manière très concrète le mode opératoire permanent de la responsabilité sociale des « hommes d'affaires ».

Plus récemment, à partir des années 1970, alors que la prise de conscience du changement climatique commence à se faire jour, est avancée l'idée d'un développement respectueux de la planète, articulant croissance économique, préservation de l'environnement et justice sociale⁷. Désignée sous le terme de « *sustainable development* » dans le rapport Brundtland de 1987 publié par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement des Nations Unies, cette théorie est traduite en français par « *développement durable* » et est définie comme « *le développement économique qui permet de satisfaire les besoins de la présente génération sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres*

⁴ notamment Andrew Carnegie qui a théorisé sa pensée en 1889 en soutenant qu'un *business leader* qui a réussi doit employer le surplus de ses revenus « à ce qui lui paraît le plus propre à procurer à la communauté de bienfaits résultats », CARNEGIE A., *L'Évangile de la Richesse*, Librairie Fischbacher, 1891 (gallica.bnf.fr), Traduction de : « The Gospel of Wealth », *North American Review*, 1889

⁵ BOWEN H., *The Social Responsibilities of Businessmen*, Harper and Brothers, 1953

⁶ LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 33

⁷ notamment : NORDHAUS W. et TOBIN J., « Is Growth Obsolete ? », in *The Measurement of Economic and Social Performance, Studies in Income and Wealth*, National Bureau of Economic Research, vol.38, 1973 : article par lequel les auteurs proposent un indice du bien-être économique *soutenable* (SMEW, pour *Sustainable Measure of Economic Welfare*).

besoins »⁸. Or, très vite, cette nouvelle théorie a été appliquée aux entreprises, celles-ci se devant, à partir de là, de fournir un maximum d'efforts afin de s'inscrire dans l'assertion du rapport.

Si jusqu'au début des années 2010, la RSE a essentiellement reposé sur des engagements volontaires de la part des entreprises, la dernière décennie a été marquée par un durcissement considérable des règles relatives à la RSE. La France a souvent joué un rôle pionnier dans cette juridicisation de la RSE. Ainsi, dès 2001, est adoptée la loi NRE⁹, consacrant en droit français des exigences de *reporting* extra-financier, c'est-à-dire des obligations de publication d'informations non financières au sein des documents financiers de l'entreprise, et ce, par l'introduction dans le code de commerce de l'article L. 225-102-1 en vertu duquel les grandes sociétés en France - au départ, seules les sociétés cotées¹⁰ - doivent intégrer « *des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* »¹¹ au sein de leur rapport de gestion¹².

Un véritable tournant s'opère à compter des années 2000¹³, au moment où le législateur européen commence à s'intéresser à la question. Ses interventions en matière de responsabilité sociale des entreprises s'intensifient au cours des années 2010, au lendemain notamment de la crise économique et financière de 2008, le mouvement de responsabilisation des entreprises s'accroissant ainsi fortement depuis une quinzaine d'années. En 2013, a ainsi été publié par la Commission européenne un Livre vert visant au « financement à long terme de l'économie européenne », l'objectif affiché étant de promouvoir l'utilité des investissements sur le long terme et la formation d'un capital de longue durée, afin de relancer une économie européenne encore chancelante à l'issue de la crise. En 2014, est adoptée la directive NFRD (*Non Financial Reporting Directive*), premier acte par lequel le législateur européen intervient dans le domaine du *reporting* extra-financier. En 2018, est publié un plan d'action visant à « financer la croissance durable »¹⁴, présentant dix réformes dans trois domaines critiques : la réorientation des flux de capitaux vers des investissements durables en vue de parvenir à une croissance durable et inclusive ; intégrer systématiquement la durabilité dans la gestion des risques ; favoriser la transparence et une vision de long terme dans les activités économique et financière. Il

⁸ « *Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need* », WECD, *Report of the World Commission on Environment and Development : Our Common Future*, 2007, spéc. p. 41).

⁹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Économiques

¹⁰ étendu ensuite par la loi « Grenelle II » n°2010-788 du 12 juillet 2010, mais aussi la directive NFRD de 2014

¹¹ C. com., art. L. 225-102-1, III ; art. L. 22-10-36

¹² Depuis la transposition en droit français de la directive NFRD de 2014 par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017, ces informations doivent figurer dans une déclaration de performance extra-financière, elle-même insérée dans le rapport de gestion.

¹³ Communication de la Commission, « Mise en oeuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises », COM (2006) 136 final, 22 mars 2006

¹⁴ Communication de la Commission, « Plan d'action: financer la croissance durable », COM (2018) 97 final, 8 mars 2018

s'ensuit notamment le règlement *Disclosure*¹⁵ introduisant de nouvelles obligations de transparence s'imposant aux entreprises concernant « l'intégration des risques en matière de durabilité »¹⁶ et le règlement *Taxonomy*¹⁷ dont l'objet est d'établir une taxonomie « (établissant) les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement ». Plus récemment encore est adopté en décembre 2019 le « Pacte vert pour l'Europe » indiquant que « la durabilité devrait être intégrée 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 »¹⁸.

Au-delà d'une modernisation des outils employés afin d'imposer une responsabilité sociale aux entreprises, le foisonnement législatif à l'oeuvre à l'échelon européen depuis les années 2010 révèle également un basculement dans la terminologie employée. En effet, si l'expression de responsabilité sociale des entreprises était celle privilégiée jusqu'alors, le maître-mot à partir des années 2010 devient celui de « **durabilité** »¹⁹ (ou de « durable »), l'idée étant de promouvoir une vision à long terme dans la gestion des activités de l'entreprise.

Or, l'utilisation de la terminologie de « durabilité » est devenue à ce point unanime que la question s'est posée de savoir s'il ne s'agissait pas d'un véritable **concept juridique**.

Défini par François Gény comme « le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses »²⁰, le concept juridique permet d'appréhender et d'exprimer, en une représentation unique, une ou plusieurs réalités existantes. Un concept s'extériorise par un *terme*, qui se doit d'être le plus clair et univoque possible pour exprimer au mieux la réalité qui lui est sous-jacente. Le concept juridique implique nécessairement une *définition* qui soit précise afin d'assurer la maîtrise de son domaine d'application et de simplifier sa compréhension auprès du profane. Dans le cas contraire, un concept indéfini emporterait un risque d'imprévisibilité du régime juridique qui y est attaché.

¹⁵ Règlement *Disclosure* (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019 (dit « règlement SFDR » : *Sustainable Finance Disclosure Regulation*) sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers

¹⁶ Règlement 2019/2088 SFDR du 27 novembre 2019, considérant 5

¹⁷ Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 (dit « règlement Taxonomy »)

¹⁸ Communication de la Commission, « Le Pacte vert pour l'Europe », Com 2019(640), 11 déc. 2019, p. 20

¹⁹ traduit de l'anglais « *sustainability* »

²⁰ GÉNY F. : *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. I, 1914

Or, si l'on s'attache à la durabilité, il convient d'admettre que la réponse à l'interrogation est délicate. En effet, si son utilisation s'est assurément généralisée au niveau européen, force est de constater une absence d'unanimité quant à sa terminologie, ainsi qu'une absence de définition précise.

Faute de ces deux éléments pourtant caractéristiques d'un concept, la question demeure de savoir si la durabilité peut être qualifiée de concept juridique. Éminemment théorique, certes, cette interrogation n'est pour autant pas sans conséquence pratique, le concept juridique renvoyant, en règle générale, à un régime juridique qui lui est plus ou moins attaché.

En l'occurrence, nous verrons que si, dans une approche conceptuelle, le rattachement de la durabilité à la catégorie de **concept juridique** peut s'avérer délicate, tout en restant concevable (**Première partie**), cela ne l'empêche pas, pour autant, d'être traduite juridiquement, sa qualité de **norme** ne pouvant, elle, lui être contestée (**Seconde partie**).

Première partie : L'approche conceptuelle de la « durabilité »

Si l'existence d'un concept de « durabilité » peut sembler **compromise**, du fait de l'absence d'unanimité quant à sa terminologie et de l'absence de définition qui lui est propre, nous verrons toutefois qu'il ne faut pas tirer de conclusion trop hâtive et qu'une catégorisation en tant que concept à contenu indéterminé reste, en effet, tout à fait envisageable (**Titre 1er**). Partant de ce dernier constat, nous étudierons ensuite la possibilité pour la durabilité de constituer un concept **polysémique** (**Titre 2**).

Titre 1er : L'existence du concept mise en question

La « durabilité » est retrouvée aujourd'hui au coeur de tous les textes adoptés par le législateur européen en vue de promouvoir les objectifs du « Pacte vert pour l'Europe »²¹. Sa généralisation à l'échelon européen conduit dès lors nécessairement à s'interroger quant à l'existence d'un concept juridique qui lui serait sous-jacent. Or, si la durabilité se retrouve effectivement invoquée à chaque étape du projet européen, **l'absence de consensus quant à sa terminologie (Chapitre 1er)** ainsi que **l'absence de définition lui étant propre (Chapitre 2)** sont de nature à susciter un sérieux doute quant à la réponse à cette question.

Chapitre 1er : Une terminologie acquise mais ne faisant pas l'unanimité

²¹ Communication de la Commission, « Le Pacte vert pour l'Europe », Com 2019(640), 11 déc. 2019.

« À moins d'apporter avec soi la chose dont on parle ou de la faire voir au sens physique du terme, il est nécessaire de pouvoir s'y référer de façon abstraite, par le langage ». ²² Autrement dit, le langage et, plus précisément, la terminologie choisie pour désigner un concept, apparaissent particulièrement nécessaires dans l'expression et le déploiement de ce dernier. En ce sens, François GénY a pu écrire que « le concept ne jouerait que fort incomplètement son rôle, s'il subsistait toujours dans l'esprit comme forme purement idéale de son activité, sans s'incorporer extérieurement en un instrument capable d'organiser pratiquement la vie. Pour leur donner la fixité et la consistance indispensables à une action efficace sur les réalités, il faut, les coulant dans le moule de la parole ou du langage, faire passer les concepts en mots et en formules. » ²³ D'où l'exigence d'une terminologie précise, univoque et incontestable afin de retranscrire de manière optimale le concept dont il est question. Le constat inverse - celui d'une terminologie obscure, équivoque ou contestable - reviendrait à créer un doute quant à l'existence d'un véritable concept correspondant au terme choisi, l'instabilité affectant ce dernier étant susceptible d'atteindre, par renvoi, le contenu et la compréhension du concept lui-même.

Or, en l'occurrence, si la **formule de « durabilité » est clairement celle qui a été choisie par le législateur européen** afin de désigner le mouvement visant à transformer le comportement des sociétés et à en faire des acteurs du développement durable (**Section 1**), elle est cependant **loin de faire l'unanimité en pratique comme en doctrine**, nous amenant alors forcément à nous interroger quant à la substance du concept qu'elle est censée représenter (**Section 2**).

Section 1 : Une terminologie bien assise dans les textes

Les premières occurrences au niveau européen du terme de « durabilité », utilisé dans un sens de RSE, peuvent être retrouvées dans des communications de la Commission européenne publiées, pour l'une en 2006²⁴, et pour l'autre en 2011. Cette dernière, de manière encore plus marquée que la première, précise ainsi que dans le but d' « *Améliorer la transparence des entreprises sur le plan social et environnemental* », « *la communication par les entreprises d'informations sociales et environnementales, y compris d'informations relatives au climat, peut faciliter leur coopération avec d'autres parties prenantes et la détection de risques importants pour la durabilité.* » ²⁵ Les références à la durabilité dans ces deux textes restent toutefois très

²² SCHMIT L.-M., *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 336

²³ GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. I, 1914, p. 150

²⁴ Communication de la Commission, « Mise en oeuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises », COM (2006) 136 final, 22 mars 2006 : « *La compétitivité et la durabilité futures de l'Europe seront d'autant plus favorisées que l'éducation sera au centre des priorités de la RSE* », p. 13

²⁵ Communication de la Commission, « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM (2011) 681 final, 25 octobre 2011, p. 14

ponctuelles, de sorte qu'il ne peut être envisagé de se questionner quant à l'existence d'un véritable concept de durabilité à cette époque.

L'adoption le 22 octobre 2014 de la directive 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité, dite directive « NFRD » (*Non Financial Reporting Directive*), a vu s'accroître quelque peu le nombre de références à la durabilité. Elle a donné lieu à plusieurs résolutions du Parlement européen, adoptées le 6 février 2013, visant, entre autres, la divulgation d'« *informations sur la durabilité, telles que les facteurs sociaux et environnementaux, afin de recenser les risques en matière de durabilité et accroître la confiance des investisseurs et des consommateurs* »²⁶, formule reprise par le texte-même de la directive à son considérant 3. Mais, au-delà, aucune autre référence ne peut y être retrouvée, les résolutions précitées préférant évoquer la « responsabilité sociale des entreprises » et la directive visant de manière constante la « publication d'informations non financières ».

Vers le milieu des années 2010, la terminologie de durabilité n'a donc que très timidement émergé, voire même pas du tout.

Il faut en réalité attendre la communication du 8 mars 2018 et la publication par la Commission européenne de son « Plan d'action: financer la croissance durable »²⁷, pour que la terminologie de « durabilité » soit véritablement consacrée au niveau européen, en l'occurrence dans le cadre de l'initiative de l'Union européenne en faveur d'une finance durable. Elle y apparaît à 90 reprises, que ce soit à travers la mise au point d'une « *véritable taxinomie européenne de la durabilité couvrant le climat, l'environnement et les problématiques sociales* »²⁸, ou encore « *(l'intégration) systématique (de) la durabilité dans la gestion des risques* »²⁹ des entreprises. Il s'ensuit le règlement *Disclosure* (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019 (dit « règlement SFDR » : *Sustainable Finance Disclosure Regulation*) sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, entré en vigueur en mars 2021, qui a introduit de nouvelles obligations de transparence s'imposant aux entreprises concernant « *l'intégration des risques en matière de durabilité* »³⁰ supportés par les produits financiers ainsi que les politiques relatives à la prise en considération des « *incidences négatives des décisions d'investissement sur les facteurs de durabilité* »³¹. Tendances en faveur de la terminologie de « durabilité » poursuivies avec l'adoption du règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 (dit « règlement *Taxonomy* ») sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables dont l'objet est d'« *(établir) les critères permettant de déterminer si une activité*

²⁶ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable 2012/2098 (INI)

²⁷ Communication de la Commission, « Plan d'action: financer la croissance durable », COM (2018) 97 final, 8 mars 2018

²⁸ *ibid.*, p. 5

²⁹ *ibid.*, p. 9

³⁰ Règlement 2019/2088 SFDR du 27 novembre 2019, considérant 5

³¹ *ibid.*, considérant 20

économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement. »³²

Encore plus récemment, s'agissant du volet *reporting* extra-financier, la proposition de directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) en date du 21 avril 2021 et relative à la « publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises » projette de modifier l'article 19 bis de la directive comptable 2013/34/UE du 26 juin 2013 pour que les entreprises concernées « *incluent dans leur rapport de gestion les informations nécessaires à la compréhension des incidences de l'entreprise 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 de l'entreprise.* »³³ Cette directive serait intégrée dans le « *Sustainable finance package* », aux côtés d'actes délégués au Règlement *Taxonomy*, permettant de mettre en place un « *écosystème favorable de finance durable* » qui « *s'inscrit dans le cadre d'une stratégie plus large visant à obtenir le changement voulu et à garantir une transition juste pour atteindre nos objectifs de durabilité* »³⁴.

Aux fins d'une présentation exhaustive, la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité en date du 23 février 2022 prévoit à son article 25, alinéa 1er, que « *Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme.* »

Ainsi, au vu de la généralisation de son utilisation par l'ensemble des textes précités et traduits dans leur version française, l'on peut en conclure que la formule de « durabilité » est aujourd'hui unanimement retenue par le législateur européen afin de désigner le mouvement qu'il a mis en marche en vue d'une économie davantage tournée vers le long-terme et la protection de l'environnement.

Pourtant, en dépit de cette unanimité des textes, l'expression de « durabilité » ne fait pas consensus auprès des auteurs et des praticiens.

Section 2 : Une terminologie contestée en pratique et en doctrine

En effet, le choix de l'expression de « durabilité » par le législateur européen a été assez largement regretté que ce soit en pratique, comme en doctrine. Mais, s'ils sont nombreux à exprimer

³² Art. 1, §1, Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020

³³ Art. 1, 3), Proposition de directive CSRD du 21 avril 2021

³⁴ Communication de la Commission, « Taxinomie de l'UE, publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, préférences en matière de durabilité et devoirs fiduciaires : orienter la finance dans le sens du pacte vert pour l'Europe », COM (2021) 188 final, 21 avr. 2021.

leur mécontentement, praticiens et auteurs ne parviennent, pour autant, pas à se mettre d'accord quant à la terminologie adéquate pour s'y substituer.

Tout d'abord, la Plateforme RSE³⁵, soulignant l'importance du choix des mots pour désigner un concept juridique et permettre aux concernés de comprendre au mieux les exigences auxquelles ils sont assujettis, regrette que la version française de la proposition CSRD ait traduit le terme anglais « *sustainability* » par le terme « durabilité » et non pas « soutenabilité », qui, d'après elle, « (*rendrait*) *compte plus clairement des enjeux environnementaux et sociaux* »³⁶. En effet, se focalisant sur ce projet de texte sur le *reporting* extra-financier, la Plateforme pointe du doigt le risque d'incohérence et d'imprécision qu'il comporte, s'il venait à être adopté tel quel : le risque provenant surtout du fait que le titre de la directive vise la « publication d'informations en matière de durabilité **par** les entreprises », alors que les considérants qui suivent mentionnent la « durabilité **des** entreprises »³⁷, voire seulement « en matière de durabilité ». La conséquence serait de semer le doute quant à la mise en oeuvre effective de la double matérialité, théorie impliquant la prise en considération croisée d'une matérialité financière et d'une matérialité environnementale et sociale et se traduisant concrètement par l'obligation pour les entreprises assujetties au *reporting* de publier non seulement l'incidence des questions de durabilité sur leurs résultats (dimension financière, voire interne), mais également l'incidence de leurs propres activités sur la population et l'environnement (dimension environnementale et sociale, voire externe). Or, aux yeux de la Plateforme RSE, le choix du terme de durabilité et l'utilisation qui en est faite par les considérants de la proposition de directive, qui semblent lier la durabilité à l'entreprise en tant qu'entité, emporterait un risque de non prise en compte de la dimension environnementale et sociale. Elle recommande dès lors au législateur européen de s'inspirer des traductions choisies dans les langues latines voisines du français (i. e. : *sostenibilidad, sostenibilità, sustentabilidade*) en reprenant le terme « soutenabilité » qui permettrait d'éviter ce risque en renvoyant d'une manière plus prononcée aux enjeux de « soutenabilité » pour la planète.

Allant dans le même sens, Jennifer Bardy, dans sa proposition en faveur d'une meilleure appréhension des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises à travers une réforme du droit comptable, privilégie également la terminologie de « soutenabilité », en ce qu'elle « (*dépasserait*) la « *simple* » dimension à long terme de la durabilité » en renvoyant à « ce qui est soutenable, à savoir ce qui peut être supporté (*définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*), dans une optique sociale et environnementale »³⁸.

³⁵ Plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité sociétale des entreprises, qui réunit depuis 2013 les parties prenantes des entreprises françaises (entreprises, partenaires sociaux, organisations de la société civile, réseaux d'acteurs, chercheurs et institutions publiques)

³⁶ Avis de la Plateforme RSE, « La RSE, un enjeu européen - Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne », octobre 2021, p. 10

³⁷ Proposition de directive CSRD, considérant 9

³⁸ BARDY J., « La gouvernance d'entreprise soutenable : quels enjeux comptables ? », *RIDE*, 2021/2, t. 35, p. 211

Mais, si la « soutenabilité » paraît ainsi bénéficier de l'approbation d'une partie au moins de la pratique et de la doctrine, d'autres termes lui font néanmoins concurrence en qualité de substitut de la « durabilité ».

C'est ainsi que Jean-Baptiste Barbiéri, se concentrant plus précisément sur l'expression de « *Corporate sustainability* » retrouvée dans la proposition CSRD et constatant qu'elle est jusqu'à présent traduite par « durabilité de l'entreprise », s'est attelé à affiner la traduction afin de mieux étudier ses conséquences. S'il constate que le terme de « *sustainability* » est généralement traduit par « durabilité » dans les traductions officielles européennes, il considère toutefois que le « *terme durable (n'est) qu'une traduction imparfaite, tandis que celui de soutenable, s'il peut éventuellement lui être préféré, n'a pas grand sens dans le contexte entrepreneurial.* »³⁹ Les termes de « durable » et « soutenable » devraient donc être évités, d'autant plus que « *sustainable* », en anglais, a une signification autre que celle que la langue française affecte aux deux premiers termes. En effet, comme le note à juste titre J.-B. Barbiéri, « *on peut ainsi sustain a damage, c'est-à-dire subir un dommage. Ce sens se rapproche alors de la - très à la mode - résilience, c'est-à-dire la capacité à surmonter des obstacles sur le temps long.* »⁴⁰ Si l'on retenait cette acception, *sustainability* devrait être entendu comme le fait d'être durable en dépit des obstacles. Mais au terme de résilience, l'auteur finit toutefois par préférer celui de « pérennité », qui a pour atouts de ne pas relever du champ lexical de la psychologie et d'être, en plus, employé par la Directive n°2017/828 « en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires ». En ce sens, la « *Corporate sustainability* » renverrait finalement à la « pérennité de l'entreprise », d'après l'auteur.

Pour ajouter au cadre, certains auteurs, sans pour autant contester la terminologie de « durabilité » employée par le législateur européen, insistent sur l'importance d'autres termes qui traduiraient de manière optimale, selon eux, le mouvement normatif mis en marche au niveau européen depuis quelques années. C'est notamment le cas du Professeur Benoît Lecourt, qui, dans plusieurs de ses articles, a mis en avant les termes de « long terme » et de « long-termisme »⁴¹, celui-ci s'opposant, par définition, au court-termisme qui se traduit par « *la prise de décisions produisant leurs effets sur une courte période* »⁴². Les velléités d'une orientation de l'économie vers le long terme peuvent être retracées à la crise financière de 2008 et avaient d'ailleurs été mises en avant par la Commission européenne en 2013 dans un Livre vert sur « Le financement à long terme de l'économie européenne » dans lequel elle insistait sur l'utilité des investissements sur le long terme et de la formation d'un capital de longue

³⁹ BARBIÉRI J.-B., « *La Corporate sustainability* », *RDA*, novembre 2021, p. 104

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ notamment : LECOURT B., « Les sociétés commerciales et la culture du long-termisme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, 2021, p. 531 et s.

⁴² *ibid.* p. 531

durée, afin de relancer l'économie. Par la suite, le long-termisme a été également repris par la Commission européenne dans son « Plan d'action, financer la croissance durable » où, tout en le mettant en relation avec le terme de « durabilité », elle le définit comme « une pratique décisionnelle intégrant des objectifs ou les conséquences à long terme »⁴³.

Quoiqu'il en soit, que ce soit par une critique frontale exprimée à l'égard des différentes initiatives européennes ou par la simple mise en avant de certaines alternatives, la terminologie de « durabilité » ne fait pas l'unanimité en pratique comme en doctrine. Or, la terminologie, que l'on peut rapprocher de la *qualification juridique* est, selon les termes du Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant⁴⁴, « l'outil essentiel de la pensée juridique », ... sans lequel l'appréhension d'un concept juridique se révèle impossible, conviendrait-il d'ajouter. En effet, l'appréhension, qui peut être désignée comme « le fait de concevoir un concept » et qui constitue « la première des opérations logiques », a « pour expression linguistique le terme »⁴⁵. En ce sens, Gény écrivait que le mot et la formule, « (exprimant) le concept dans son unité et sa simplicité (...) pour en faire un ensemble plus complet, apparaissent (...) comme prenant part à l'élaboration des réalités juridiques dans l'intelligence »⁴⁶, c'est-à-dire comme permettant leur appréhension. Dans cet ordre d'idées, l'on devrait alors considérer que l'existence d'un flou ou d'une incertitude quant au terme choisi rend nécessairement plus difficile l'appréhension du concept auquel il est censé renvoyer et conduit inéluctablement à s'interroger quant à son existence-même, pareille discussion pouvant donc être menée à propos de la « durabilité ».

Chapitre 2 : Une notion de « durabilité » mal définie

Si le droit peut être considéré comme *ayant* son propre langage, à savoir un langage juridique et autonome, une « façon particulière de s'exprimer »⁴⁷ faisant un usage particulier du langage commun, il peut également, de l'avis de la plupart des auteurs et philosophes du droit, être considéré comme *constituant* en lui-même, « simultanément et indissociablement », un langage à part entière, « mélange subtil d'oral et d'écrit, monologue ou dialogue, le droit (étant) communication »⁴⁸. Dans ce cadre, la définition apparaît comme un élément constitutif du langage qu'est le droit, pourvu d'une double finalité, à savoir maîtriser (lutter contre la polysémie et la désuétude du vocabulaire juridique) et simplifier ce dernier aux yeux du

⁴³ Commission européenne, « Plan d'action, financer la croissance durable », COM (2018) 97 final, mars 2018, spéc. 4

⁴⁴ Sous la direction de CORNU G., 14e éd., PUF, 2022

⁴⁵ SCHMIT L.-M., *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 336-337

⁴⁶ GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. I, 1914, p. 150

⁴⁷ SOURIOUX J.-L., « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTD civ.*, 1999, p. 343

⁴⁸ SCHMIT L.-M., *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n°198

profane. La définition apparaît alors d'une importance capitale pour saisir le concept juridique sous-jacent à la notion définie.

Afin d'éclaircir notre propos, il convient de préciser que si, sur un plan théorique, une typologie des définitions juridiques a été établie par certains auteurs⁴⁹ entre, d'une part, la définition *réelle* qui exprimerait l'essence de la chose définie par une détermination substantielle des éléments et des attributs spécifiques du concept envisagé, et, d'autre part, la définition *terminologique* (ou *nominal*), qui ne serait que la précision du sens confié à un terme dans un texte déterminé, nous nous placerons du côté de la réalité pratique, rappelée par d'autres auteurs et qui amène à nuancer cette *summa divisio* : en effet, il a été justement rappelé que « *la définition juridique joue simultanément au plan terminologique et au plan conceptuel : de manière immédiate, elle fixe le sens d'un terme donné ; de manière médiate, le terme étant le véhicule d'un concept, la définition fixe les contours d'une notion ou d'un concept.* »⁵⁰, ce qui a amené un autre auteur à affirmer que « *la définition du concept est en même temps celle du sens d'un mot, de l'acception et signification d'un vocable* » et en venait à qualifier l'objet défini de « *vocable conceptuel* » ou de « *terme-et-concept* »⁵¹. Nous retiendrons finalement que « *définir, c'est expliciter, c'est donner le sens des termes et des concepts que l'on emploie* »⁵².

Quoiqu'il en soit, après avoir rappelé l'importance, en théorie du droit, de la définition dans l'appréhension d'un concept juridique, force est de constater que s'agissant de la « durabilité », les différents textes et projets européens, tout en la mettant en avant en tant que nouvel idéal devant s'imposer aux entreprises pour garantir une société juste et protectrice des droits fondamentaux et de l'environnement, n'explicitent que très vaguement son sens, voire omettent complètement de lui apporter une définition. Or, pareille omission, pose non seulement question quant à l'existence d'un concept juridique de durabilité, mais affecte également nécessairement le degré de précision de la notion dont la substance se retrouve **en grande partie indéterminée**. La précision des notions étant une condition de la prévisibilité des règles de droit, nous verrons que **la sécurité juridique des entreprises visées par les différents textes européens risque d'en pâtir (Section 1)**. Mais nous verrons également que malgré son indétermination, **la notion de durabilité reste déterminable**, de sorte que **l'absence de définition propre ne semble pas pouvoir écarter sa qualité de concept juridique (Section 2)**.

Section 1 : L'indétermination de la « durabilité », source d'insécurité pratiques et théoriques

⁴⁹ en particulier : CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

⁵⁰ SCHMITT L.-M., *op. cit.*, n°278

⁵¹ EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de Philosophie du droit*, T. XI, 1966, p. 25 et s., n°4

⁵² DANIS-FATÔME A., « La définition légale », in *Études offertes à Geneviève Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 274-291

Le premier constat pouvant être fait est que parmi les différents textes et projets européens promouvant depuis quelques années l'évolution du rôle des entreprises dans la société, notamment dans le sens d'une plus grande prise en compte par celles-ci des enjeux sociaux et environnementaux, aucun d'entre eux ne vient apporter une définition explicite à la « durabilité » en tant que telle.

Sur un plan plus pratique, face à une telle indétermination de la notion, le risque qui apparaît est celui d'une imprévisibilité de la règle de droit s'appliquant aux entreprises assujetties aux nouvelles exigences européennes. En effet, comme le rappellent abondamment un grand nombre d'auteurs, toute notion indéfinie est porteuse d'imprévisibilité⁵³ et « conduit nécessairement à une subjectivité du droit »⁵⁴, le risque étant que la notion dont la signification n'a pas été fixée par les textes, voit son sens discrétionnairement fixé par le juge, l'autorité chargée de rendre des décisions individuelles. Dès lors, le risque découlant, *a priori*, de l'absence de définition de la durabilité est celui d'une mainmise du juge du fond sur la détermination de son sens, celui-ci étant alors susceptible de varier selon les besoins du jour, et ce, d'autant plus que la mise en oeuvre des notions indéterminées par les juges du fond n'est pas contrôlée par la Cour de cassation⁵⁵. S'agissant d'une notion consacrée par le législateur européen, le risque d'insécurité juridique prend une ampleur encore plus grande, les juges nationaux des différents États membres étant, en effet, susceptibles de retenir une interprétation plus ou moins étendue de la durabilité, les entreprises développant une activité transnationale y étant alors particulièrement assujetties.

Or, une telle imprévisibilité juridique, dans un domaine en pleine expansion du droit des affaires, serait particulièrement inopportune pour les entreprises concernées. En effet, celles-ci se voient assujetties à un nombre de plus en plus important d'exigences « en matière de durabilité » (sur lesquelles nous reviendrons plus en détail en seconde partie), de sorte qu'un flou quant à la signification de « durabilité » serait nécessairement susceptible de les décourager dans leurs activités et, *in fine*, de nature à mettre à mal l'économie toute entière.

Pour contrer ce risque, l'on peut toutefois espérer qu'à l'avenir, la Cour de Justice de l'Union européenne soit amenée à préciser son sens dans le cadre d'un renvoi préjudiciel réalisé par un juge national⁵⁶, interprétation qui devrait alors obligatoirement et rigoureusement être suivie par les juges nationaux.

⁵³ En ce sens, v. MALAURIE Ph. et MORVAN P., Introduction au droit, L.G.D.J., 8e éd. 2020, n°286 ; DABIN J., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3e éd. 1969 : « le facteur premier de la praticabilité du droit consiste dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et à des controverses génératrices d'insécurité juridique. »

⁵⁴ Intervention de HOUIN R., après TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », RIDC, 22-1970, p. 247, cité par SCHMITT L.-M., *op. cit.*, p. 438

⁵⁵ MARTY G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Sirey, 1929, n°120

⁵⁶ Art. 267, al. 1er, TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. »

Sur un plan plus théorique, pareil silence du législateur européen - qui pourrait s'apparenter à un refus volontaire de sa part, au vu de la multitude de fois qu'il use du terme - interroge nécessairement quant à l'existence d'un concept juridique sous-jacent au terme de « durabilité ». En effet, la définition est le mode d'expression du concept, le moyen de le faire connaître auprès des profanes et d'ainsi garantir son application efficace. François Gény a ainsi pu écrire que « *Le moyen normal, de fixer la signification des mots, et, par là, d'encadrer les concepts, qu'ils désignent, par rapprochement et opposition avec le « déjà connu », se rencontre dans la définition, qui, en matière de droit, sera la définition juridique, instrument capital, tant pour avancer la connaissance des préceptes, que pour en assurer l'action.* »⁵⁷

En ce sens, nul doute que l'indétermination de la « durabilité », fruit de l'absence de définition qui lui est propre, met en question l'existence d'un véritable concept de « durabilité ».

Section 2 : La déterminabilité de la « durabilité », source de concept

En réalité, la portée de l'absence de définition propre à la « durabilité » peut être atténuée, et ce, pour deux raisons : tout d'abord, parce qu'**une notion, bien qu'indéterminée, peut toujours constituer un concept juridique, cette perspective se mariant particulièrement bien avec la durabilité (§1)**. Puis, parce qu'il est **possible d'envisager une déduction de la définition de durabilité à partir des définitions d'autres notions, parfois très précises, posées par le législateur européen dans plusieurs de ses textes (§2)**.

Paragraphe I : La « durabilité », potentiel concept indéterminé

Il est déjà possible d'atténuer ces propos en rappelant que bien des notions indéterminées existent en droit et que cela ne les empêche pas, pour autant, de former de véritables concepts juridiques⁵⁸. Elles présentent même l'avantage de permettre une adaptation du droit aux évolutions de la société, une plus grande malléabilité, au contraire de la définition qui, sous prétexte d'assurer la sécurité juridique des concernés, peut avoir pour défaut d'insérer trop de fixité dans le droit. En ce sens, il serait possible de considérer que par son absence de définition juridique propre, la durabilité, en sa qualité de notion indéterminée participe « *de « la logique floue » à laquelle le droit contemporain a, de plus en plus, recours pour favoriser une plus grande flexibilité des qualifications qui ouvre la voie à une diversité de solutions, mieux appropriées à la plasticité des faits. L'introduction de cette flexibilité de la règle de droit dans le raisonnement juridique peut favoriser la recherche des solutions les plus acceptables, car les notions indéterminées se situent à l'intersection du juridique et de l'extrajuridique.* »⁵⁹ Il est souvent dit que « bien des choses se comprennent

⁵⁷ GÉNY F. : *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. I, 1914, p. 152

⁵⁸ Par exemple : l'équité, la bonne foi, l'intérêt général.

⁵⁹ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5e éd., 2012, p. 233

mieux qu'elles ne se définissent », affirmation qui se confirmerait en particulier pour des notions morales, économiques ou politiques⁶⁰. Or, nul doute que la durabilité englobe ces trois qualificatifs, de sorte qu'une absence de définition - du moins une absence de définition explicite - pourrait se justifier à son égard. En ce sens, bien qu'indéterminée, la durabilité constituerait malgré tout un concept dont la malléabilité « (*permettrait*) à la fois d'embrasser tous les cas, prévisibles ou non, et d'attribuer à chacun d'eux le traitement approprié »⁶¹. En effet, la société et les enjeux liés à la préservation de l'environnement étant en constante évolution, voire aggravation, il semblerait inopportun de figer une définition de la durabilité qui aurait comme conséquence potentielle d'empêcher la prise en considération de nouveaux enjeux.

En fin de compte, comme le souligne justement un auteur, le choix de l'indétermination de la durabilité - ou, au contraire, sa définition - renvoie à un « *choix de valeurs : qui de la sécurité juridique, requérant une prévisibilité maximale, ou de la justice, postulant une réelle adaptabilité, doit primer ? La question est indissociable d'un choix de politique juridique.* »⁶²

Paragraphe II : La « durabilité », potentiel concept sur-défini

Or, si l'absence de définition propre à la durabilité pourrait donc laisser penser que le législateur européen a fait le choix de son indétermination, le fait que ce dernier ait toutefois décidé de définir plus précisément certaines locutions usant des termes de « durabilité » ou encore de « durable », permettant ainsi d'envisager, par déduction ou par extension, la définition propre à la durabilité, atténue cette première supposition, voire la met même sérieusement en doute. En ce sens, non seulement, la durabilité formerait un concept juridique mais celui-ci serait, en outre, bel et bien déterminé.

En effet, il semble envisageable, à travers ces définitions plus précises, de chercher à se rapprocher de la définition de la durabilité en tant que telle.

Ces définitions sont retrouvées notamment dans le règlement SFDR qui a introduit de nouvelles obligations de transparence s'imposant aux entreprises dans le secteur des services financiers et qui, à son article 2, pose la définition des « *risques en matière de durabilité* »⁶³ ainsi que des « *facteurs de durabilité* »⁶⁴. Ce qui transparait à travers ces deux définitions est l'image d'une durabilité fondée sur quatre piliers : le pilier environnemental, le pilier social (qui inclue les questions de personnel), le pilier

⁶⁰ DABIN J., *op. cit.*, n°244

⁶¹ DABIN J., *op. cit.*, n°545

⁶² SCHMITT L.-M., *op. cit.*, p. 438

⁶³ Art. 2, 22), Règlement 2019/2088 du 27 novembre 2019 : « *un événement ou une situation dans le domaine environnemental, social ou de la gouvernance qui, s'il survient, pourrait avoir une incidence négative importante, réelle ou potentielle, sur la valeur de l'investissement* »

⁶⁴ Art. 2, 24), *ibid.* : « *des questions environnementales, sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme et la lutte contre la corruption et les actes de corruption.* »

sociétal (qui inclue les questions de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption) ainsi que le pilier de la gouvernance. La même image découle de la proposition CSRD qui envisage de modifier l'article 19 *ter* de la directive comptable de 2013 relatif aux « normes d'information en matière de durabilité », la Commission européenne étant chargée d'adopter, au plus tard le 31 octobre 2022, des actes délégués précisant les informations que les entreprises doivent publier conformément à l'article 19 *bis*, ces informations se rapportant à des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance - la différence avec le règlement SFDR étant que les questions liées à la protection des droits de l'homme ont été incluses dans les facteurs sociaux tandis que les questions liées à la lutte contre la corruption ont été incluses dans les facteurs de gouvernance.

Si ces trois (voire quatre) piliers généraux permettent déjà d'atténuer l'absence de définition propre à la durabilité, le législateur européen est, en réalité, allé beaucoup plus loin dans la précision.

En effet, par le règlement *Taxonomy* du 18 juin 2020 dont l'objet est - rappelons-le - d'« *établir les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement* »⁶⁵, le législateur européen a eu notamment pour objectif d'imposer aux entreprises une transparence s'agissant de la part de leur activité qui est durable. En ce sens, l'article 8 du règlement concerne la « Transparence des entreprises dans les déclarations non financières » et prévoit que toute entreprise soumise à l'obligation de *reporting* extra-financier en vertu de l'article 19 *bis* de la directive comptable de 2013 doit inclure dans sa déclaration non financière des « *informations sur la manière et la mesure dans laquelle les activités de l'entreprise sont associées à des activités économiques pouvant être considérées comme durables sur le plan environnemental* », en particulier « *la part de leur chiffre d'affaires provenant de produits ou de services associés à des activités économiques pouvant être considérées comme durables sur le plan environnemental* » ainsi que « *la part de leurs dépenses d'investissement et la part de leurs dépenses d'exploitation liée à des actifs ou à des processus associés à des activités économiques pouvant être considérées comme durables sur le plan environnemental* ». Par un jeu de renvois⁶⁶, les entreprises concernées retrouvent au sein des annexes I et II du règlement délégué 2021/2078 du 6 juillet 2021 des indications particulièrement détaillées sur la méthode à suivre par les entreprises pour qu'elles déterminent la part de leur activité qui est « durable ». Un tableau Excel, désigné sous le nom de *Taxonomy Compass*, a été prévu par la Commission européenne afin de préciser et (c'est en tout cas l'objectif affiché) faciliter la détermination des activités durables par les entreprises concernées.

⁶⁵ Art. 1, §1, Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020

⁶⁶ §4 de l'article 8 du règlement *Taxonomy* renvoie vers le règlement délégué 2021/2078 du 6 juillet 2021, dont l'article 2 renvoie lui-même à son Annexe I et II : « 1. Les entreprises non financières publient les informations visées à l'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement (UE) 2020/852, comme indiqué à l'annexe I du présent règlement. 2. Les informations visées au paragraphe 1 sont présentées sous forme de tableaux à l'aide des modèles figurant à l'annexe II du présent règlement. »

À travers ce recours à des actes délégués venant préciser ce qu'est une activité durable, un investissement durable ou encore une information portant sur la durabilité, il est possible d'apprécier, par extension, une forme de définition de la « durabilité », qui se trouverait alors particulièrement déterminée dans son contenu. Dès lors, une fois la critique de l'indétermination - que nous avons déjà atténuée - complètement mise à l'écart, il n'y aurait plus réellement d'argument qui permettrait de nier à la « durabilité » sa qualité de concept juridique.

Il convient toutefois de noter que ce haut degré de précision qui serait confié à la durabilité a son pendant. En effet, la durabilité se trouverait tellement précisée que le diagnostic de départ pourrait même s'inverser : d'un constat d'indétermination de la notion, l'on passerait à celui, au contraire, d'une trop grande détermination, la définition de la durabilité se heurtant alors à l'écueil de la technicité et de la rigidité du droit. D'une certaine manière, ces dernières techniques précitées peuvent être rapprochées des techniques de définition quantitative et énumérative, qui ont, certes, pour avantage de permettre une précision maximale de la notion définie, mais ont pour limite leur propre excès, à savoir une trop grande fixité du droit, qui devient dès lors incapable de s'adapter à l'évolution de la vie concrète, sauf en cas de modification de la loi. Or, si l'exigence de sécurité juridique des entreprises importe évidemment, une trop grande rigidité de la notion de durabilité, définie de manière trop précise par les textes européens et dès lors incapable d'être librement réévaluée au fur et à mesure que les enjeux sociaux et environnementaux évoluent, ne paraît pas souhaitable pour autant.

Conclusion du Titre :

Il nous paraît dès lors important de trouver un **équilibre** à ce sujet : ni trop définie, sous peine d'emporter une rigidité handicapante, ni pas assez, sous peine de causer une insécurité juridique pour les entreprises visées, la présentation de la durabilité en tant que concept indéterminé nous semble dès lors la plus opportune. En effet, elle permet à la notion de bénéficier d'une base définie, tout en restant suffisamment indéfinie pour être capable d'englober de nouveaux enjeux, les questions de durabilité étant, en effet, en constante évolution et nécessitant par conséquent une souplesse dans la définition.

Toujours est-il qu'une pareille approche permet en même temps d'en conclure à **l'existence d'un véritable concept juridique de durabilité**, indéterminé, certes, mais un concept juridique quand même.

Titre II : Une « durabilité » polysémique ?

À partir du moment où l'on considère que la durabilité, en dépit des réserves relevées, constitue bien un concept juridique, il convient de s'intéresser à son sens - en linguistique juridique, y est généralement préféré le terme de « signifié ». Celui-ci appartient au fond du concept et correspond à sa seconde face, indissolublement liée à la première, à savoir le « signifiant » qui renvoie à la forme

phonique par laquelle se manifeste le concept. Gérard Cornu précise ainsi : « *Le signifié est un sens. C'est la représentation intellectuelle, l'idée de ce que désigne le nom dans la réalité non linguistique* »⁶⁷, la sémantique renvoyant à l'étude de ce sens des mots. Il apparaît dès lors particulièrement important que ce sens (ou ce signifié) soit clair et limpide, qu'il soit maîtrisé et « *suffisamment précis pour que les concepts et notions qu'(il recouvre) soient sans équivoque* »⁶⁸ et afin, *in fine*, de garantir l'application la plus prévisible et sécuritaire qui soit du concept en question. Il convient d'ajouter qu'étant donné que le signifiant - autrement dit, le vocabulaire juridique - et le signifié, forment les deux faces inséparables (formelle et substantielle) du concept, la maîtrise du sens d'un concept doit être considérée comme intrinsèquement liée à la maîtrise du vocabulaire juridique. Dès lors, afin de garantir la certitude du sens d'un concept, il importe, au préalable, que son signifiant soit clair et limpide.

Or, en pratique, la stabilité du vocabulaire juridique peut se retrouver mise à mal en raison d'un certain nombre de facteurs, parmi lesquels, certains sont intrinsèques au langage. Tel est le cas de la polysémie, autrement dit la « *propriété d'un terme susceptible d'exprimer plusieurs sens* »⁶⁹. Ce « *fait linguistique* »⁷⁰, « *phénomène propre à toute langue* »⁷¹, affecte forcément aussi le langage du droit dès lors qu'un même terme juridique peut renvoyer à plusieurs sens différents. Dans cette hypothèse, étant donné qu'un concept juridique se compose d'un signifiant et d'un signifié, donc d'un terme et d'un sens, un même terme juridique, par sa polysémie, est susceptible de renvoyer à une multitude de concepts différents. Cette situation se révèle évidemment contraire aux objectifs de précision et de clarté des termes juridiques, et donc des concepts juridiques sous-jacents.

Or, si l'on s'intéresse à la durabilité et que l'on considère en même temps qu'elle est l'héritière de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, force est de constater qu'elle a recouvert et qu'elle continue, encore aujourd'hui, de recouvrir principalement deux approches différentes - une durabilité appréciée de manière externe comme le nécessaire respect par l'entreprise des enjeux liés au développement durable, et une durabilité appréciée de manière interne, c'est-à-dire une durabilité qui s'applique à l'entreprise elle-même, qui se doit dès lors d'être durable dans ses choix de gestion -, chacune de ces deux approches nécessitant des dispositifs propres.

Peut alors se poser la question de savoir si la durabilité, en tant que terminologie, est susceptible d'être considérée comme polysémique, c'est-à-dire comme recouvrant deux sens véritablement différents et renvoyant dès lors à deux concepts de durabilité bien distincts. Interrogation n'ayant pas

⁶⁷ CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005, p. 27

⁶⁸ WIEDERKEHR G., « Le droit et le sens des mots », *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 571

⁶⁹ BECQUART J., *Les mots à sens multiples en droit civil français*, PUF, 1928, n°12, cité par SCHMIT L.-M., *op. cit.*, p. 279

⁷⁰ CORNU G., *op. cit.*, n°22

⁷¹ SCHMIT L.-M., *op. cit.*, 2017, p. 279

qu'une portée théorique, étant donné que deux concepts distincts appellent normalement deux régimes distincts. Nous tenterons d'y apporter une réponse à travers l'analyse successive de la **durabilité externe (Chapitre 1er)** et de la **durabilité interne (Chapitre 2)**.

Chapitre 1 : La durabilité externe : le respect par l'entreprise des enjeux du développement durable

À partir des années 1970, dans un contexte de prise de conscience progressive du changement climatique et des dangers liés à une mondialisation effrénée, se chemine l'idée d'un développement respectueux de la planète, rendant compatibles croissance économique, préservation de l'environnement et justice sociale⁷². Désignée sous le terme de « *sustainable development* » dans le rapport Brundtland de 1987 publié par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement des Nations Unies, cette théorie est traduite en français par « *développement durable* ». La nouvelle notion y est définie comme « *le développement économique qui permet de satisfaire les besoins de la présente génération sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins* »⁷³. Cette définition suppose ainsi une équité entre générations présentes et futures et renvoie à la nécessité d'une évolution viable de la société par une gestion en bonne intelligence des biens communs à l'humanité, le développement durable devenant ainsi le critère de régulation du phénomène de la mondialisation.

Appréhendé par le droit, le développement durable a, dès le départ, suscité une question principale, celle de savoir si les entreprises, en leur qualité d'acteurs majeurs de l'économie mondiale, échouaient à s'inscrire dans le cadre de l'affirmation du rapport de Brundtland ou si, au contraire, elles pouvaient contribuer à assurer ce développement durable. Autrement dit, les entreprises se conforment-elles au développement durable ? Pareille interrogation « (renvoie) à la thématique classique de la responsabilité sociétale des entreprises et de la possible intégration des considérations sociales et environnementales dans un monde lié au lucre. »⁷⁴ Plus précisément, il s'agit de vérifier, de l'extérieur, si les actions d'une entreprise se conforment bien aux préoccupations environnementales et sociales du développement durable. Cette approche historique de la durabilité, qualifiée par certains auteurs d'« externe »⁷⁵, se manifeste essentiellement de deux manières : par les **sanctions** du respect du développement durable auxquelles sont assujetties les entreprises (**Section 1**) mais également à travers **l'affichage** par celles-ci du respect de ces exigences (**Section 2**).

⁷² notamment : NORDHAUS W. et TOBIN J., « Is Growth Obsolete ? », in *The Measurement of Economic and Social Performance, Studies in Income and Wealth*, National Bureau of Economic Research, vol.38, 1973 : article par lequel les auteurs proposent un indice du bien-être économique soutenable (SMEW, pour *Sustainable Measure of Economic Welfare*).

⁷³ « *Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own need* », WECD, *Report of the World Commission on Environment and Development : Our Common Future*, 2007, spéc. p. 41).

⁷⁴ BARBIÈRI J.-B., « La Corporate sustainability », *RDA*, nov. 2021, p. 100

⁷⁵ *ibid.*

Section 1 : Un respect des exigences de développement durable *sanctionné* : responsabilité et réputation

La durabilité externe se traduit tout d'abord par le fait que l'entreprise s'expose à une diversité de sanctions en cas de manquement aux exigences du développement durable. Ces sanctions, multiples en nombre et variées en portée, se divisent en **sanctions juridiques classiques (§1)** et en **sanction réputationnelle (§2)**.

Paragraphe I : Les sanctions juridiques classiques

Face à un foisonnement de législations de plus en plus contraignantes s'imposant aux entreprises en matière de développement durable, tant en France qu'à l'international, ces dernières ont progressivement été forcées de basculer vers une « *politique de gestion globale des risques* »⁷⁶, tant curative que préventive, afin de garantir la conformité de leurs activités avec un corpus réglementaire et législatif de plus en plus conséquent. En effet, en cas de manquement aux exigences du développement durable, l'entreprise est aujourd'hui susceptible d'être sanctionnée sur plusieurs plans : financier⁷⁷, pénal⁷⁸, social ou encore environnemental. La pression exercée sur les entreprises quant au respect de ces exigences s'est ainsi fortement intensifiée ces dernières années, de multiples exemples en témoignant, parmi lesquels l'on peut mentionner l'intégration du préjudice environnemental dans le Code civil⁷⁹ ou encore le développement d'une politique jurisprudentielle de la chambre sociale de la Cour de cassation imposant aux entreprises mères de prendre en considération les intérêts des salariés de leurs filiales⁸⁰. L'intégration des enjeux environnementaux et sociaux dans le droit de l'entreprise est ainsi clairement en voie d'accélération, faisant dire à un auteur que « *les termes de responsabilité sociétale et environnementale ne sont selon toute évidence plus le tigre de papier qu'ils étaient auparavant* »⁸¹.

Sur le plan environnemental, le mouvement de responsabilisation des entreprises aux enjeux du développement durable s'est évidemment accentué au fur et à mesure que la nécessité d'agir face à la

⁷⁶ FAMILY R., « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.*, 2013, p. 1558

⁷⁷ s'agissant des sociétés cotées, il est possible de considérer qu'un *reporting* omettant les informations exigées par les articles R. 225-105 et R. 225-105-1 du code de commerce ne respecterait pas l'exigence de précision imposée par le Règlement général de l'AMF, exposant la société émettrice au risque de sanction de l'Autorité

⁷⁸ Art. L. 456-3-2, CMF ; « On peut notamment penser à la dissimulation d'un passif environnemental significatif. Ainsi, l'omission d'informations relatives aux incidences de l'activité d'une société sur l'environnement qui affecterait le contenu du rapport de gestion le rendant faux ou trompeur serait alors pénalement réprimée. », MERCIER V., « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l'Université d'Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 65

⁷⁹ par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

⁸⁰ notamment à la suite de l'arrêt *Lee Cooper* : Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881, *Lee Cooper France*

⁸¹ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 102

crise climatique s'est révélée plus urgente. C'est ainsi qu'une véritable responsabilité environnementale des entreprises s'est progressivement développée : pour les dommages les plus graves causés à l'environnement, le principe de précaution a été introduit en droit français dès 1995 par la loi Barnier⁸² et a aujourd'hui valeur constitutionnelle⁸³, principe en vertu duquel « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable* ». Par la suite, au niveau européen, une responsabilité fondée sur le principe du « pollueur-payeur » a été organisée par la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004⁸⁴, transposée en droit français par la loi dite « LRE » du 1er août 2008 aux articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, dispositions qui régissent l'identification des personnes causant un dommage grave à l'environnement ou créant une menace imminente d'un tel dommage, et les conditions dans lesquelles ces personnes doivent prendre des mesures de prévention ou de réparation adéquates ou en supporter les coûts. Cette juridicisation de la protection de l'environnement a nécessairement impacté les entreprises, et ce, depuis l'extérieur, ces dernières voyant en effet se multiplier à leur égard les offensives judiciaires pour les contraindre à respecter leurs propres engagements en faveur du climat. C'est en ce sens que l'on peut parler ici d'une forme de durabilité *externe*.

Mais cette multiplication des dispositifs contraignants encadrant les activités de l'entreprise ne doit pas masquer la réalité qu'en matière environnementale, il est généralement assez compliqué pour les parties demandeuses d'obtenir réparation de leur dommage du fait de la difficulté à démontrer l'existence d'un lien de causalité avec l'action de l'entreprise en défense. En effet, que la responsabilité recherchée soit d'origine contractuelle (si les personnes étaient liées par un contrat) ou délictuelle (dans tout autre cas), la victime est tenue de rapporter la preuve du lien de causalité entre son dommage prétendu et un fait imputable à l'entreprise défendeuse. Si l'affaire de l'*Erika*⁸⁵ est régulièrement citée dans les ouvrages⁸⁶ et les articles⁸⁷ comme une affaire ayant permis de faire éclore un précédent encourageant en matière climatique⁸⁸, elle ne doit pas masquer la difficulté pour les demandeurs de démontrer le lien entre l'activité de l'entreprise et le dommage environnemental qu'ils prétendent avoir subi. Comme le relève à juste titre un praticien, « *il s'avère souvent complexe de démontrer le lien de causalité*

⁸² loi du 2 février 1995 sur le renforcement de la protection de l'environnement

⁸³ Art. 5, Charte de l'environnement

⁸⁴ PE et Cons. UE, dir. 2004/35/CE, 21 avr. 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux : JOCE n° L 143, 30 avr. 2004, p. 56.

⁸⁵ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, *navire Erika*

⁸⁶ MALECKI C., *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, L.G.D.J., 2014

⁸⁷ NEYRET L., « L'affaire *Erika* : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.*, 2010, p. 2238

⁸⁸ à travers, notamment, la réparation d'une grande diversité de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux subis par des victimes très différentes et la reconnaissance du préjudice original et autonome subi directement par l'environnement, ainsi que la reconnaissance de la responsabilité civile et solidaire de la société Total SA

entre les émissions passées d'une entreprise, son action alléguée, avec des dommages dérivés aussi différents que des atteintes à l'environnement (fonte de la calotte glaciaire entraînant une élévation des mers, modification des courants et températures, acidification des océans entraînant un effondrement des ressources halieutiques, la disparition d'espèces terrestres du fait de la sécheresse), des atteintes aux biens (destruction d'une maison emportée par un glissement de terrain ou une inondation, perte de récolte par le gel ou la sécheresse extrême) ou encore des atteintes aux personnes (dommage à l'intégrité physique ou psychique, maladies infectieuses liées aux variations de températures et invasion de nouvelles espèces). »⁸⁹ Le doute pouvant aussi porter sur la part contributive de l'entreprise dans la réalisation du préjudice.

Il est toutefois possible que les choses évoluent ces prochaines années. En effet, les études scientifiques sur la crise climatique se montrent de plus en plus alarmistes et surtout de plus en plus certaines quant à l'incidence de l'activité humaine : dans son avant-dernier rapport, publié en août 2021, le GIEC démontre ainsi que la responsabilité humaine est « sans équivoque », là où les précédents rapports la qualifiaient d' « extrêmement probable ». Or, « *cette certitude assumée va donc changer l'approche d'incertitude et de causalité dans les contentieux contre les entreprises les plus émettrices.* »⁹⁰ Une première illustration de cette évolution a été donnée par la récente condamnation de la société Royal Dutch Shell, maison mère de la multinationale Shell, par un tribunal néerlandais⁹¹ : se fondant justement sur les travaux du GIEC pour relever que le réchauffement climatique, générateur de dommages de plus en plus nombreux, trouve scientifiquement sa source dans les émissions de gaz à effet de serre, et constatant notamment que les sociétés du groupe RD Shell exercent principalement des activités liées au pétrole, donc fortement génératrices de gaz à effet de serre, et qu'en dépit des déclarations répétées et emphes de vertu de la société mère, les émissions de CO₂ liées aux activités du groupe RD Shell n'ont que très faiblement baissé, les juges néerlandais ont considéré que la société mère avait manqué aux obligations qu'elle s'était elle-même assignées. Comme le souligne un auteur, cette décision, qui a fait l'objet d'un appel, pose un premier précédent relatif à « *l'établissement d'un lien de causalité entre les émissions de CO₂ attachées aux activités d'une société voire d'un groupe et le changement climatiques dans sa composante dommageable aux populations.* »⁹² De la sorte, l'exigence de durabilité externe de l'entreprise s'en retrouve renforcée.

Paragraphe II : La sanction de réputation

À côté de ce risque de sanctions juridiques classiques, les entreprises ne se conformant pas aux enjeux de la durabilité, sont de plus en plus soumises à un risque d'un ordre nouveau, à savoir un risque de sanction réputationnelle. En effet, la réputation sociétale, « *résultat de l'opinion publique mais aussi du*

⁸⁹ RAFFIN E., « La mise en jeu de la responsabilité des entreprises à l'ère de l'urgence climatique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier 2022

⁹⁰ *ibid.*

⁹¹ Cour de District de La Haye, 26 mai 2021, n° C/09/571932 / HA ZA 19-379.

⁹² MOULIN J.-M., « Les entreprises face au défi (enthousiasmant) du risque environnemental », *BJS*, juillet-août 2021, p. 6-8

mouvement d'anthropomorphisme des personnes morales lié à l'émergence des droits de la personnalité de la personne morale »⁹³, « est une donnée croissante de la gouvernance d'entreprise durable »⁹⁴.

La réputation de l'entreprise apparaît, en large partie, comme le résultat des attentes des parties prenantes, celles-ci étant, en l'occurrence, particulièrement attentives aux enjeux relatifs au développement durable. Ainsi, est-il aujourd'hui communément admis que le respect par les entreprises d'engagements en matière de durabilité joue un rôle crucial dans la formation et la protection de cette réputation sociétale. Le législateur européen le reconnaît lui-même lorsqu'il affirme que « *les actions de la RSE non seulement bénéficient à l'ensemble de la société, mais aident également l'entreprise à améliorer son image et à accroître sa valeur auprès des consommateurs potentiels, ce qui contribuera à assurer sa viabilité économique à long terme* »⁹⁵. Tout en ajoutant que l'idée selon laquelle la RSE serait un « luxe » réservé par les entreprises aux périodes financièrement prospères est une « *supposition dépassée négligeant l'importance de la réputation ainsi que les niveaux des risques externes pesant sur la rentabilité des entreprises modernes* »⁹⁶.

Or, en toute logique, si le respect des enjeux de durabilité contribue à forger une bonne réputation sociétale, à l'inverse, le fait pour une entreprise de ne pas se conformer à ces questions risque nécessairement de nuire à cette même réputation. Ce risque de sanction réputationnelle ne doit pas être négligé par les entreprises du fait de l'immédiateté et du caractère facilement changeant de l'opinion publique, caractères considérablement accrus aujourd'hui en raison de l'émergence de nouveaux vecteurs de cette opinion, parmi lesquels les médias et les réseaux sociaux. Ce qui fait dire au Professeur Catherine Malecki que « *la réputation est une notion fragile qui nécessite du temps à se construire mais qui peut être détruite en une fraction de secondes.* »⁹⁷ Face à un tel risque réputationnel, les entreprises se voient de plus en plus contraintes de respecter leurs engagements en matière de développement durable et de se conformer aux lois et règlements en vigueur, notamment en remplissant leurs obligations de *reporting*. La crainte d'une dégradation de leur image sociétale sur les marchés financiers, mais aussi auprès des consommateurs ou des organisations non gouvernementales, fonctionne, *in fine*, comme une forme d'« *auto-correcteur comportemental de la gouvernance d'entreprise durable. C'est un correcteur potentiel des comportements des dirigeants.* »⁹⁸

Section 2 : Un respect des exigences de développement durable affiché : reporting et labels

⁹³ MALECKI C., *op. cit.*, p. 343

⁹⁴ MALECKI C., *op. cit.*, p. 337

⁹⁵ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive, [2012/2097 (INI)], §26

⁹⁶ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013, *op. cit.*

⁹⁷ MALECKI C., *op. cit.*, p. 338-339

⁹⁸ BOURION C., « La responsabilité sociale des entreprises comme moyen de pression : l'ère du soupçon, les nouveaux acteurs et leurs révélations », in C. GENDRON, J. IGALENS, et C. BOURION, *Repenser la gestion stratégique des ressources humaines à travers la responsabilité sociale de l'entreprise*, Revue internationale de psychosociologie, 2008, p. 37, cité dans MALECKI C., *op. cit.*, p. 342

Au-delà de sa matérialisation par la sanction du respect des enjeux liés au développement durable, l'approche externe de la durabilité se manifeste également par l'annonce de ce respect, réalisée par l'entreprise elle-même, que ce soit à travers les **modalités de reporting qui lui sont imposées (§1)** ou via le recours à des **labels attestant de l'importance qu'elle accorde aux questions de durabilité (§2)**.

Paragraphe I : Un respect publié et évalué par le reporting

Toujours dans un objectif d'incitation des entreprises à prendre en compte l'impact de leur activité en matière environnementale et sociale, la loi a développé depuis 2001 le *reporting* extra-financier. D'abord exclusivement volontaires, ces démarches de transparence ont fini par se généraliser parmi les entreprises avant que la loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001 ne les consacre en droit français, celui-ci faisant alors figure de précurseur en Europe. Cela fait ainsi plus de vingt ans que les grandes sociétés en France - au départ, seules les sociétés cotées⁹⁹ - doivent intégrer « *des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* »¹⁰⁰ au sein de leur rapport de gestion¹⁰¹.

À travers cette obligation de transparence extra-financière, c'est clairement une approche externe de la durabilité qui est véhiculée, l'entreprise étant, en effet, tenue de rendre compte auprès de l'« extérieur », en particulier auprès de ses parties prenantes, de sa prise en considération des enjeux environnementaux et sociaux liés à son activité. La finalité du *reporting* est alors de permettre à ces parties prenantes de disposer des informations nécessaires à l'évaluation de l'entreprise, plus particulièrement de son appréhension des enjeux environnementaux et sociaux. Cette approche externe se confirme d'ailleurs à la lecture de certaines phrases rédigées sous la plume du législateur européen : c'est ainsi que, dès 2011, la Commission européenne a affirmé que « *la communication par les entreprises d'informations sociales et environnementales, y compris d'informations relatives au climat, peut faciliter leur coopération avec d'autres parties prenantes et la détection de risques importants pour la durabilité. Il s'agit également d'un élément important de responsabilisation qui peut contribuer à inciter le public à avoir davantage confiance dans les entreprises.* »¹⁰² Allant dans le même sens, le Parlement européen, par ses deux résolutions du 6 février 2013, a réclamé davantage de transparence aux entreprises en matière environnementale, sociale et de gouvernance afin

⁹⁹ étendu ensuite par la loi « Grenelle II » n°2010-788 du 12 juillet 2010, mais aussi la NFRD de 2014

¹⁰⁰ C. com., art. L. 225-102-1, III ; art. L. 22-10-36

¹⁰¹ Depuis la transposition en droit français de la NFRD par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017, ces informations doivent figurer dans une déclaration de performance extra-financière, elle-même insérée dans le rapport de gestion.

¹⁰² Communication de la Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM(2011) 681, 25 oct. 2011

de recenser les risques en matière de « durabilité » et d'accroître la confiance des investisseurs et des consommateurs¹⁰³. Même idée dans l'ordre interne, lorsque le code de commerce français exige que la déclaration de performance extra-financière comprenne « *notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable* »¹⁰⁴ et que le rapport de gestion, lorsqu'il inclut des informations non financières, indique « *l'utilisation durable des ressources* » et « *les engagements sociétaux en faveur du développement durable* »¹⁰⁵ : le code de commerce français véhicule, lui aussi, une vision externe de la durabilité, l'entreprise se devant, en effet, de démontrer à ses parties prenantes comment elle se conforme aux questions du développement durable. En outre, le fait que le droit français prévoie, dans la plupart des cas¹⁰⁶, une exigence d'audit des informations extra-financières par un organisme tiers indépendant (OTT), témoigne de la volonté du législateur d'assurer la crédibilité de la déclaration effectuée par l'entreprise, afin, *in fine*, d'éviter que les parties prenantes, auxquelles la déclaration est adressée, ne soient trompées par des informations parcellaires, voire erronées.

Ainsi, les règles de *reporting* extra-financier intègrent clairement l'approche *externe* de la durabilité. Elles démontrent, en effet, que la durabilité constitue, au moins en partie, un outil de communication de l'entreprise, supposant le développement d'instruments permettant à cette dernière de se montrer transparente vis-à-vis de ses engagements et de ses actions concrètes et favorisant, *in fine*, son évaluation par les parties prenantes. Mais, comme le notent certains auteurs, cette analyse reste, en réalité, incomplète, la durabilité ne pouvant être résumée à cette dernière fonction, en ce que la durabilité « *est elle-même l'objet d'une communication de la part de l'entreprise, dont elle peut représenter une composante parfois centrale.* »¹⁰⁷ Ces mêmes auteurs relèvent, en effet, à juste titre que « *communiquer c'est tout à la fois annoncer (i.e. informer) et faire savoir (i.e. promouvoir)* » et que « *les frontières entre discours éthique et discours commercial ou publicitaire (sont poreuses)* »¹⁰⁸, l'un pouvant servir d'habillage à l'autre. Dès lors, face à un risque d'instrumentalisation de la durabilité, autrement dit, d'un écart entre les discours et les pratiques, une réponse juridique - parmi d'autres - a été apportée sous la forme des labels.

¹⁰³ Résolution UE du 6 février 2013, 2012/2098 (INI), « Responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable » ; Résolution UE du 6 février 2013, 2012/2097 (INI), « Responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive »

¹⁰⁴ C. com., art. L. 225-102-1, III

¹⁰⁵ C. com., art. R. 225-105

¹⁰⁶ C. com., art. L. 225-102-1, V : « *Pour les sociétés dont le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, le cas échéant sur une base consolidée, les informations figurant dans les déclarations mentionnées au I et au II font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis aux actionnaires en même temps que le rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100.* »

¹⁰⁷ MARTIN-CHENUT K. et TRICOT J., « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », in *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Actes du colloque de l'Université de Strasbourg, dir. MARTIN-CHENUT K. et DE QUENAUDON R., Éditions A. Pedone, 2016, p. 364

¹⁰⁸ *ibid.*

Paragraphe II : Un respect certifié par le recours aux labels

Les labels - terme repris de l'anglais et qui peut être traduit littéralement par « étiquette » - sont des instruments, de source publique ou privée, ayant pour finalité de distinguer et de promouvoir des produits ou des services développés par des entreprises et se conformant à un certain nombre de normes, elles-mêmes fondées sur des critères variables, de nature qualitative, environnementale ou encore sociale. Parmi ces labels, l'on retrouve notamment la norme ISO 26000 qui correspond à des lignes directrices qui, non seulement donnent la bonne conduite à suivre « *pour tous ceux qui ont conscience qu'un comportement socialement responsable et respectueux de l'environnement est un facteur clé de la réussite* » mais qui, « *de plus en plus, (...) (sont appliquées) pour évaluer l'engagement des organisations en faveur du développement durable ainsi que leur performance globale.* »¹⁰⁹ Le label définit ainsi la responsabilité sociétale et environnementale comme « *La responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement ; est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* »¹¹⁰. Un autre label, le label B-corp, permet de certifier qu'une entreprise est une « B-corporation », celle-ci étant définie comme « *des commerces qui répondent aux plus hauts standards de performance sociétale et environnementale, transparence et responsabilité, afin d'équilibrer profits et vocation* »¹¹¹.

À travers ces exemples, l'on comprend que ces labels ne présentent pas uniquement des atouts pour les pouvoirs publics mais également pour les entreprises « labellisées » : en effet, si pour les pouvoirs publics, les labels représentent « *un outil d'incitation des entreprises* » à prendre des engagements en faveur de la durabilité et à adopter des démarches vertueuses, « *tout en se dotant des moyens d'évaluer et de contrôler la manière dont les entreprises se conforment à leurs engagements* », pour l'entreprise, il s'agit d' « *un instrument de mise en valeur de ses engagements* », « *le soutien et la garantie des pouvoirs publics au travers des dispositifs de labellisation (étant) autant de gages de crédibilité et de lisibilité.* »¹¹² Le label permettant de certifier la conformité des actes aux discours, dans cette logique, le *reporting* extra-financier devient en quelque sorte « *l'antichambre de l'obtention d'un label* »¹¹³. Une fois labellisées, les entreprises pourront attester de

¹⁰⁹ www.iso.org

¹¹⁰ ISO 26000 : 2.18 : traduit librement de l'anglais par CADET I., « Chapitre 2. La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une norme éthique ? », in *Puissances de la norme* (dir.) LE GOFF J. et ONNÉE S., EMS Editions, 2017

¹¹¹ « Certified B Corporations are businesses that meet the highest standards of verified social and environmental performance, public transparency, and legal accountability to balance profit and purpose », traduit librement par BARBIÈRI J.-B., *L'ordre sociétale*, thèse, L.G.D.J., 2021

¹¹² MARTIN-CHENUT K. et TRICOT J., *op. cit.*, p. 378

¹¹³ CUZACQ N., « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. sociétés*, 2018, p. 347

manière crédible auprès du public et de leurs parties prenantes - donc de l'extérieur - de leur prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux, faisant ainsi de ces labels de véritables instruments de la durabilité *externe*.

En prenant en compte ces attributs, il est possible de se demander si le récent statut de « société à mission », créé par la loi PACTE¹¹⁴, ne constituerait pas, lui aussi, une forme de label répondant à une approche externe de la durabilité. Ne constituant pas une nouvelle forme sociale, la société à mission correspond, en réalité, à une société commerciale à laquelle est rattachée une « mission », remplissant essentiellement deux conditions préalables : s'être dotée d'une raison d'être statutaire et d'« *un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité* »¹¹⁵, et avoir créé un « comité de mission », organe interne à la société, chargé du suivi de la mission, celle-ci pouvant être entendue « *au sens quasiment premier : comme une oeuvre messianique* » consistant à « *dépasser le simple intérêt privé de la personne morale* »¹¹⁶. La société à mission paraît dès lors pleinement s'inscrire dans le cadre de l'économie sociale et solidaire, et pourrait en ce sens être rapprochée de modèles étrangers, tels le statut de « *Benefit Corporation* »¹¹⁷, société commerciale dont le but est, dans l'État de New York, « *d'engendrer du bien public* »¹¹⁸. Ces éléments tendent à confier au statut de « société à mission » un rang supérieur à celui de simple label : il s'agirait d'un véritable nouveau modèle de société, chargé d'oeuvrer à l'intérêt général. Mais, il convient toutefois de rappeler que les auteurs du rapport Notat-Senard¹¹⁹ - rapport afférent à la loi PACTE et à l'origine du statut de société à mission - considéraient que « *l'expression de l'intérêt général demeure du ressort de la Loi* »¹²⁰, ce qui permettrait dès lors d'écarter toute comparaison avec la « *Benefit Corporation* ». S'il peut par conséquent paraître difficile d'appréhender avec certitude la société à mission - véritable nouveau modèle de société relevant de l'économie sociale et solidaire ou simple label - , les auteurs semblent toutefois majoritairement pencher du côté de la seconde approche, en relevant que « *la société à mission est une simple société commerciale avec une raison d'être* »¹²¹, qui bénéficie, en outre, « *d'une sorte de label* »¹²², ou, de manière moins ambiguë, qu'« *Au final, il ne s'agit pas d'une nouvelle forme sociale, mais d'un simple label* »¹²³.

¹¹⁴ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019, art. 176, codifié aux articles L. 210-10 à L. 210-12 du code de commerce

¹¹⁵ C. com., art. L. 210-2, 2°

¹¹⁶ BARBIÈRI J.-B., *L'ordre sociétaire*, thèse, L.G.D.J., 2021, p. 391

¹¹⁷ à ne pas confondre avec le label de « B-corporation »

¹¹⁸ N.Y. Bus. Corp. Law §§ 1701-1709 (2013), spéc. § 1706 : « *Every business corporation shall have a purpose of creating general public benefit* », traduction libre par BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 392

¹¹⁹ NOTAT N. et SENARD J.-D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018,

¹²⁰ NOTAT N. et SENARD J.-D., *op. cit.*, p. 38

¹²¹ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 393

¹²² *ibid.*

¹²³ COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34e éd., 2021, p. 28

Conclusion du Chapitre :

Ainsi, qu'elle se manifeste par la sanction ou l'affichage du respect des enjeux liés au développement durable et à la protection sociale, l'existence d'une conception externe de la durabilité apparaît de manière évidente et maintient ainsi l'interrogation quant à la possible polysémie du terme de durabilité. Pour répondre à celle-ci, encore faut-il s'intéresser à l'existence d'une durabilité *interne*.

Chapitre 2 : La durabilité *interne* : l'entreprise appelée à être durable

Si historiquement, le concept sous-jacent à la notion de durabilité s'est donc développé dans un sens externe à l'entreprise, celle-ci étant appelée à se conformer, d'une manière vérifiable depuis l'extérieur, aux exigences du développement durable, il a connu, en parallèle, - essentiellement à partir de la seconde moitié du XXe siècle - un développement dans un sens interne à l'entreprise, celle-ci étant alors appelée à adopter un modèle capable d'assurer une durabilité qui lui est intrinsèque. Un auteur a parfaitement résumé le mouvement en indiquant que « *Ce n'est donc plus l'entreprise qui doit se conformer au développement durable, mais bien le développement de l'entreprise lui-même qui doit être durable.* »¹²⁴

Si l'on s'intéresse plus particulièrement à cette seconde approche de la durabilité, force est de constater que ses origines ne peuvent être trouvées en droit, mais que ce sont, en réalité, les **sciences économiques et de gestion** qui ont contribué à son émergence progressive (**Section 1**). En effet, ce n'est que plus récemment que le droit a commencé à mettre en avant une durabilité interne à l'entreprise, et ce, essentiellement à travers la promotion d'un modèle garantissant la **pérennité de l'entreprise** (**Section 2**).

Section 1 : Une construction graduelle par les sciences économiques et de gestion

Si l'industrialisation du monde occidental, à partir du XIXe siècle, a emporté, notamment pour les États-Unis, « *la plus importante période de développement économique de toute l'histoire de l'humanité* »¹²⁵, elle s'est également accompagnée de nombreuses externalités néfastes en matière sociale et environnementale. En réaction à un capitalisme perçu comme effréné et de plus en plus prédateur, une littérature managériale - essentiellement américaine - a émergé à partir des années 1930 promouvant une évolution des finalités de l'entreprise afin de compenser ces excès : l'entreprise a progressivement été appelée à dépasser la vision réductrice de l'entreprise-profit, dont le rôle sociétal se limite à réaliser du

¹²⁴ BARBIÈRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 101

¹²⁵ ZINN H., *Une histoire populaire des États-Unis, de 1492 à nos jours*, Marseille, Agone, 2002. Traduction de : *A People History of the United States. 1492 to Present*, New York, HarperCollins Publishers, 1999, cité par LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 11

profit, afin de prendre en compte dans son modèle de gestion des objectifs d'intérêt général. La théorie de « **l'entreprise citoyenne** » incarne particulièrement ce changement progressif de paradigme (§1). Plus récemment, à travers le développement de théories économiques, en particulier de la *stakeholders theory* et de la théorie de *triple bottom line*, s'est imposée l'idée selon laquelle le rôle sociétal de l'entreprise constituerait un instrument de mesure de sa performance et donc de sa propre « durabilité » (§2).

Paragraphe I : L'émergence historique de « l'entreprise citoyenne »

L'idée de « l'entreprise citoyenne » n'est pas nouvelle. En effet, le fait que l'entreprise doive se comporter de manière morale peut notamment trouver ses sources dans la philanthropie américaine de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle, en particulier auprès de Andrew Carnegie (1835-1919), grand industriel et auteur de « *L'Évangile de la Richesse* »¹²⁶, article dans lequel il soutenait déjà qu'un *business leader* qui a réussi doit employer le surplus de ses revenus « à ce qui lui paraît le plus propre à procurer à la communauté de bienfaisants résultats », « Le riche qui comprend ainsi ses devoirs (devenant), par le fait, simple mandataire de ses frères moins fortunés »¹²⁷.

À la même époque émerge progressivement une doctrine économique professant un changement du paradigme des *businessmen*, c'est-à-dire des hommes d'affaires, appelés à davantage prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux entourant leurs activités. Déjà présente en arrière-plan d'un certain nombre d'articles universitaires américains publiés à partir de la fin du XIXe siècle, - notamment ceux de Wallace B. Donham (1877-1954), doyen de la Harvard Business School et auteur d'un grand nombre d'articles publiés dans la Harvard Business Review au sein desquels il théorisait notamment l'importance de la *business ethics* (l'éthique des affaires), centre de gravité du *management*, tout en dénonçant « l'irresponsabilité des businessmen face à leurs devoirs envers la société »¹²⁸ - cette vision renouvelée de l'entreprise et de son rôle dans la société connaît un regain particulier à travers le courant « *Business and Society* » dont les adhérents, « Partisans de l'insertion de l'entreprise et du monde des affaires dans la société, et favorables à des préoccupations de cohésion sociale »¹²⁹, promeuvent l'idée selon laquelle l'entreprise, au-delà de ses velléités à réaliser du profit, est appelée, en sa qualité de membre à part entière de la société, à être au service de l'intérêt général. Les travaux d'Adolf A. Merle et Gardiner G. Means - consacrés dans leur ouvrage phare « *The modern corporation and private property* » (1932) - ont certainement contribué à voir se développer cette nouvelle approche de

¹²⁶ CARNEGIE A., *L'Évangile de la Richesse*, Librairie Fischbacher, 1891 (gallica.bnf.fr), Traduction de : « The Gospel of Wealth », *North American Review*, 1889

¹²⁷ *ibid.*, p. 28

¹²⁸ DONHAM B. W., cité par LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 30

¹²⁹ FAMILY R., *op. cit.*

L'entreprise : face au constat d'un accroissement conséquent de la taille des grandes entreprises et d'une dispersion grandissante du capital, les auteurs ont innové en appelant à dissocier le pouvoir du *management* et le droit de propriété des actionnaires (« *Le divorce entre la propriété et le contrôle modifie le processus et engendre une nouvelle forme d'organisation économique de la société.* »¹³⁰). Donnant ainsi naissance au métier de *manager*, cette thèse emporte une nouvelle conception de la responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants à l'égard de la société, ceux-ci étant ainsi appelés à « *développer des normes fondées sur des valeurs et l'éthique pour déjouer les décisions arbitraires des actionnaires* »¹³¹.

S'inscrivant au coeur du mouvement « *Business and Society* », Howard Bowen (1908-1989) apparaît certainement comme le principal théoricien de l'entreprise citoyenne. Son ouvrage programmatique « *The Social Responsibilities of Businessmen* »¹³², considéré par certains auteurs comme « *l'ouvrage fondateur de la RSE* »¹³³, a pour originalité de préciser très concrètement le mode opératoire permanent de la responsabilité sociale des « hommes d'affaires » à travers quinze items (p. ex. : respect des droits humains, investissement responsable, limitation de l'utilisation des matières premières et des énergies non renouvelables, protection de l'environnement...) comprenant, pour la plupart, entre trois et six rubriques et recouvrant l'entièreté du champ d'action d'une entreprise, celle-ci devant chercher à être performante dans le plus grand nombre possible de ces domaines. Le tout accompagné de deux contraintes fondamentales s'appliquant à la gestion et à la direction de toute entreprise, à savoir l'obligation pour le dirigeant de faire prévaloir sur son système de valeurs personnel le respect des normes régissant l'environnement où agit son entreprise, ainsi que l'inversion de la théorie de la main invisible d'Adam Smith, la poursuite du bien commun étant vue comme la condition préalable au maintien de la libre entreprise, et non l'inverse.

À travers ces exigences progressivement mises à la charge des entreprises, l'on perçoit, surtout dès le milieu du XXe siècle, un changement dans la perception de ces dernières, de plus en plus appréhendées comme des citoyens ordinaires dans la société, tenues au respect de certaines règles minimales mais fondamentales. L'entreprise devient en quelque sorte « *un citoyen comme un autre* », ce statut de « *sujet dans la cité* » justifiant qu'il soit « *appréhendé et traité comme tout sujet* »¹³⁴. Cette approche a d'ailleurs perduré à travers le temps et se retrouve encore aujourd'hui au coeur des différentes mesures et obligations imposées aux sociétés actuelles. En effet, analysant les contraintes nouvelles s'imposant aujourd'hui aux sociétés, le Professeur Hervé Lécuyer résume parfaitement cette réalité : « *Au fond, les*

¹³⁰ Traduit par : LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 28

¹³¹ FAMILY R., *op. cit.*

¹³² BOWEN H., *The Social Responsibilities of Businessmen*, Harper and Brothers, 1953

¹³³ LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 33

¹³⁴ LÉCUYER H., « Rapport de synthèse », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l'Université d'Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 185

attentes nouvelles, à l'égard des sociétés, sont souvent ces attentes-là qu'on définit à l'égard de tout sujet de droit dont on attend, au minimum qu'il se comporte en bon père de famille et dont on espère qu'il tende vers une perfection, en soi inaccessible. »¹³⁵

Paragraphe II : La consécration récente de l'entreprise « durable »

Ce changement de paradigme, progressif mais constant, en faveur d'une entreprise citoyenne a permis le développement subséquent d'un certain nombre de théories économiques offrant de nouveaux cadres d'étude de l'entreprise et de son activité : si par la **théorie des parties prenantes (« stakeholders theory »)**, est affirmée l'image d'une entreprise s'inscrivant dans un environnement économique et social auquel elle contribue en tant que membre actif (**A**), par la théorie de la **triple bottom line**, est avancée l'idée selon laquelle ce rôle sociétal nouvellement promu de l'entreprise, est susceptible de constituer un instrument de mesure de la performance de cette dernière (**B**).

A. La *stakeholders theory* : l'entreprise enracinée dans son environnement

Rencontrant un grand succès dans la littérature managériale à partir de la seconde moitié du XXe siècle¹³⁶, la « théorie des parties prenantes » (« *stakeholders theory* » dans sa langue d'origine), fondée sur une exigence de dialogue et de gouvernance d'entreprise participative et collective, prône la prise en compte par l'entreprise de ses parties prenantes, de ses *stakeholders* (littéralement de ses « porteurs d'enjeux », ou encore « porteurs d'intérêts »¹³⁷). Trouvant ses origines dans les sciences de gestion, la théorie vise de manière pragmatique à déterminer les conditions d'une bonne gestion d'entreprise et le rôle que doivent y jouer les dirigeants. Ainsi, quelle que soit sa forme, une entreprise devrait être gérée en dépassement du seul intérêt des actionnaires, en prenant en considération les intérêts des parties prenantes de l'entreprise.

La *stakeholders theory* s'affirme ainsi en opposition à la *shareholder primacy* (la « primauté des actionnaires »), théorie dominante dans les milieux économiques jusqu'à la première moitié du XXe siècle et fondée, pour sa part, sur un droit de propriété exclusif de l'actionnaire. En effet, si, comme l'a noté R. E. Freeman, « *L'évangile a été longtemps celui de l'actionnaire qui détenait tous les droits sur l'entreprise qui était sa propriété (...) (et non) pas celui de la responsabilité* »¹³⁸, l'équilibre s'est modifié au fil des ouvrages promouvant un renouvellement de la conception du management¹³⁹, l'entreprise étant de plus en plus

¹³⁵ *ibid.*

¹³⁶ notamment l'ouvrage fondateur : FREEMAN R. E., *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984

¹³⁷ TRÉBULLE F.-G., « Stakeholders theory et droit des sociétés (première partie) », *BJS*, 2006, p. 1137

¹³⁸ FREEMAN R. E., *op. cit.*, traduit par LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 53

¹³⁹ notamment les travaux précités de Berle et Means qui, les premiers, ont mis en lumière cette structure existante

appelée à traiter l'actionnaire comme un « porteur d'enjeu » ordinaire, dont la primauté s'est alors retrouvée écartée face à la concurrence de nombreuses autres parties prenantes. Comme le note des auteurs, « Refuser l'évangile du droit de propriété exclusif de l'actionnaire était le germe de ce changement : le stockholder (actionnaire) perd le droit absolu qu'il détenait dès lors qu'il n'est plus qu'un stakeholder parmi les autres. »¹⁴⁰

La notion de « parties prenantes » a toujours été difficile à définir : « Une chose est d'affirmer, (...), que les parties prenantes doivent désormais être prises en compte, une autre sera de les définir »¹⁴¹, a ainsi pu écrire C. Malecki. Désignant au départ « tout groupe d'individus ou tout individu qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels »¹⁴², la définition des parties prenantes a évolué pour englober plus largement une personne ou une organisation ayant un intérêt légitime dans un projet ou une entité¹⁴³ ou encore « toutes les personnes dont les droits et intérêts peuvent être affectés par les décisions de l'entreprise »¹⁴⁴, certains auteurs en proposant même une liste¹⁴⁵. Une typologie est parfois proposée entre parties prenantes de premier rang et parties prenantes de second rang, les premières étant directement affectées par les décisions de l'entreprise (clients, consommateurs, fournisseurs, sous-traitants, investisseurs, concurrents) tandis que les secondes ne le seraient qu'indirectement (population locale, organisations non gouvernementales (ONG), associations, collectivités territoriales, Etats)¹⁴⁶.

Quoiqu'il en soit, en appelant l'entreprise à ne plus se fier exclusivement à l'intérêt de ses actionnaires mais à prendre plus globalement en compte l'intérêt de ses parties prenantes, la *stakeholders theory* part du constat que l'entreprise ne peut être réduite à la seule poursuite du profit mais qu'elle s'inscrit, en réalité, plus largement dans un système économique et social auquel elle contribue et dont elle tire également profit. Comme l'explique le Professeur F.-G. Trébulle, la « Stakeholders Theory fournit une réponse stimulante à l'interrogation sur l'ouverture de la gestion des entreprises au-delà de la seule recherche de profit ; elle impose aux dirigeants de prendre en compte la diversité des intérêts liés à l'activité sociale. »¹⁴⁷ Un tel changement de conception d'une bonne gestion d'entreprise tend à rappeler que celle-ci se doit fondamentalement d'être enracinée dans l'environnement qui l'entoure, comme le note le même

¹⁴⁰ LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *op. cit.*, p. 54

¹⁴¹ MALECKI C., *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, L.G.D.J., 2014, p. 279

¹⁴² FREEMAN R. E., *op. cit.*, traduit par MALECKI C., *op. cit.*, p. 279

¹⁴³ Cf. TRÉBULLE F.-G., *op. cit.*, spéc. N°2, p. 1338 : « toute personne qui subit les conséquences de l'activité de l'entreprise et dont l'action peut avoir un effet sur elle »

¹⁴⁴ Rapport sur la gouvernance d'entreprise durable, (2020/2137(INI)), 2 déc. 2020, Pascal Durand, cons. 26

¹⁴⁵ MALECKI C., *op. cit.*, p. 280 : « Il s'agirait des actionnaires, des investisseurs, des salariés, des consommateurs, des fournisseurs, des prêteurs, des associations, des clients, des sous-traitants, des organisations non gouvernementales, de l'Etat, des collectivités territoriales, ou encore de la société au sens large ou même de l'environnement au sens large. »

¹⁴⁶ Cf. FAMILY R., *op. cit.*

¹⁴⁷ TRÉBULLE F.-G., *op. cit.*, §1, p. 1337

auteur : « *Toute société, forte des particularités inhérentes à sa nature, est enracinée dans un environnement, un milieu dont elle ne peut prétendre faire abstraction.* »¹⁴⁸

En adoptant le point de vue de l'entreprise, appelée à s'inscrire dans son environnement socio-économique, et des modalités de sa bonne gestion, cette théorie consiste à proposer un modèle de durabilité intrinsèque à l'entreprise, celle-ci étant désormais appelée à démontrer un développement qui se doit d'être lui-même durable. En ce sens, la *stakeholders theory* doit être considérée comme une étape dans la construction d'une durabilité *interne* à l'entreprise.

B. La *triple bottom line* : le rôle sociétal de l'entreprise, facteur de sa performance

Une étape supplémentaire dans la construction de cette durabilité interne peut être trouvée sous les traits de la théorie de la *triple bottom line*, développée par l'économiste anglais John Elkington dans son célèbre ouvrage de 1998¹⁴⁹. Par la *triple bottom line* (en français « triple résultat », « triple performance » ou encore « triple bilan »), l'auteur a transposé au niveau de l'entreprise le concept de développement durable, défini, pour rappel, comme « *le développement économique qui permet de satisfaire les besoins de la présente génération sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins.* »¹⁵⁰ Elle consiste, en effet, à encourager l'entreprise à prendre en compte conjointement l'économie, le social et l'environnement et à évaluer sa performance à l'aune de ces trois piliers du développement durable, dont la gestion s'impose à elle : la performance économique (ou financière) consiste à mesurer l'entreprise au regard des moyens tant financiers qu'extra-financiers mis à sa disposition, tels la confiance, la réputation, l'image, la fidélité et la contribution au développement économique de la zone d'implantation ; la performance sociale analyse les conséquences sociales de l'activité de l'entreprise sur l'ensemble de ses parties prenantes : salariés¹⁵¹, employeur¹⁵², fournisseurs¹⁵³, consommateurs¹⁵⁴ et associés¹⁵⁵ ; enfin, la performance environnementale permet de mesurer les impacts de l'activité de l'entreprise et de sa production sur la consommation des ressources, la production de déchets, les émissions polluantes, le maintien de l'écosystème...¹⁵⁶.

¹⁴⁸ TRÉBULLE F.-G., « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés (seconde partie) », *BJS*, 2007, p. 7

¹⁴⁹ ELKINGTON J., *Cannibals with forks : the triple bottom line of 21st century business*, New Society Publishers, 1998

¹⁵⁰ Rapport Brundtland, Commission mondiale sur l'environnement et le développement des Nations Unies, 1987

¹⁵¹ FAMILY R., *op. cit.* : « (conditions de travail, rémunération, absence de discrimination, avantages sociaux, conditions de sécurité) »

¹⁵² *ibid.* : « (conditions financières, faveur accordée à l'expression et au dialogue, gestion des conflits d'intérêts) »

¹⁵³ *ibid.* : « (qualité des produits, conditions de travail, respect des normes) »

¹⁵⁴ *ibid.* : « (informations relatives aux produits, sécurité des produits, image des produits) »

¹⁵⁵ *ibid.* : « (politique de distribution d'actions gratuites, de distribution de dividendes) »

¹⁵⁶ Cf. *ibid.*

La transposition du développement durable à la gestion d'entreprise à travers l'analyse de ces trois dimensions permet de faire pencher un peu plus la balance vers une logique de durabilité interne à l'entreprise : en effet, en évaluant la performance globale d'une entreprise à l'aune de ces trois piliers, la *triple bottom line* amène à son paroxysme l'idée selon laquelle l'entreprise, au-delà de son obligation d'agir, du point de vue de l'extérieur, en conformité avec les préoccupations du développement durable, est tenue de présenter un modèle favorisant une durabilité qui lui est propre. Comme le résume à juste titre R. Family : « *La contribution de John Elkington a achevé la promotion du rôle sociétal de l'entreprise jusqu'à en faire un instrument de mesure de sa performance.* »¹⁵⁷

Dans la lignée de l'ouvrage de John Elkington, d'autres auteurs ont préconisé l'adoption par les entreprises de véritables modèles de gestion permettant d'assurer une durabilité intrinsèque de ces dernières : insistant sur l'importance d'une orientation du management vers la « durabilité » (*sustainability*), certains auteurs anglo-saxons ont ainsi recommandé aux entreprises d'adopter un modèle, non pas « techno-centrique », ni même « éco-centrique » (au sens d'écologique), mais plutôt axé sur la durabilité (« *Sustaincentric* »), sorte de synthèse entre ces deux extrêmes¹⁵⁸. La transposition à l'entreprise des exigences liées au développement durable a franchi un cap lorsqu'en 2002, la *Corporate sustainability* (durabilité des entreprises) a été définie comme celle qui « *remplit les besoins des parties prenantes directes et indirectes de l'entreprise (associés, salariés, clients, activistes, etc.), sans compromettre sa capacité à assurer les besoins des futures parties prenantes* »¹⁵⁹, reprenant ainsi clairement la définition du développement durable posée par le rapport Brundtland en 1987.

Si historiquement, la durabilité interne à l'entreprise constitue donc une création progressive des sciences économiques et de gestion, son appréhension par le **droit**, tant au niveau interne qu'au niveau européen, est plus récente.

Section 2 : Une résurgence en droit : l'exigence de pérennité de l'entreprise

Traduite juridiquement, cette seconde approche de la durabilité a, pour l'essentiel, pris les traits d'une **dénonciation du court-termisme des actionnaires et des dirigeants (§1)** et, en parallèle, d'une promotion d'un modèle orienté vers le long-terme, garantissant ainsi la **pérennité de l'entreprise (§2)**

¹⁵⁷ *ibid.*

¹⁵⁸ GLADWIN T. N., KENNELLY J. J. and KRAUSE T.-S., « Shifting Paradigms for Sustainable Development : Implications for Management Theory and Research », *The Academy of Management Review*, vol. 20, oct. 1995, p. 874, spéc. p. 880 et s., cité par BARBIÈRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 101

¹⁵⁹ « *corporate sustainability can accordingly be defined as meeting the needs of a firm's direct and indirect stakeholders (such as shareholders, employees, clients, pressure groups, communities, etc.), without compromising its ability to meet the needs of future stakeholders as well* », DYLLICK T. et HOCKERTS K., « Beyond the Business Case for Corporate Sustainability », *Business Strategy and the Environment*, mars 2002, p. 130, spéc. p. 131, traduit librement par BARBIÈRI J.-B., op. cit., p. 101

Paragraphe I : Identification du mal : le court-termisme des actionnaires et des dirigeants

La crise financière qui a bouleversé l'économie mondiale à partir de 2008 a donné lieu à une remise en question du modèle de gestion des entreprises, considéré comme ayant contribué au désastre. A particulièrement été pointé du doigt le court-termisme supposé des actionnaires et des dirigeants, davantage attirés par des échéances proches et l'obtention rapide de résultats que par la viabilité de leur société. En effet, comme le rappelle le Professeur Benoît Lecourt, « *les instances décisionnelles, qu'il s'agisse des dirigeants exécutifs ou des organes d'administration, ont eu tendance à donner la priorité à la maximisation à court terme des profits réalisés par les investisseurs, cela au détriment de l'intérêt à long terme de leur société.* »¹⁶⁰ Face à un tel constat, plusieurs rapports ont été commandés, tant au niveau interne qu'au niveau communautaire, afin de déterminer à la fois l'ampleur et les origines du problème.

C'est ainsi que le rapport remis le 9 mars 2018 par Nicole Notat et Jean-Dominique Senard à quatre ministres français¹⁶¹ et portant sur l'entreprise et l'intérêt général, a fait le constat d'un « *court-termisme et (d'une) financiarisation (pesant) sur la vie de l'entreprise* »¹⁶². Même son de cloche au niveau européen où, dans le cadre de l'initiative en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable, la Commission européenne a publié en juillet 2020 une étude élaborée par le cabinet d'audit *Ernst and Young* sur les devoirs des dirigeants et la gouvernance d'entreprise durable¹⁶³. Dans sa section 3.1 (« *3.1 Short-termism in EU corporate governance* »), l'étude met en évidence ce qui apparaît, selon elle, comme étant au coeur des problématiques de durabilité, à savoir le « court-termisme » dans la gouvernance des entreprises, qui serait particulièrement présent au sein des sociétés cotées. Elle identifie ce problème essentiellement au moyen d'indicateurs économiques, en particulier en examinant l'évolution de la part des bénéfices nets des sociétés cotées utilisés par celles-ci pour payer leurs actionnaires (sous forme de dividendes ou de rachats d'actions) par rapport à l'évolution de la part de ces bénéfices nets utilisés pour créer de la valeur à long terme au sein de l'entreprise, que ce soit par le biais d'investissements en infrastructure, en formation des salariés, en recherche et développement ou en développement durable¹⁶⁴. L'idée sous-jacente étant que lorsque les entreprises utilisent leur bénéfice net, elles doivent arbitrer entre la rémunération de leurs actionnaires et des investissements à long terme, de sorte que le

¹⁶⁰ LECOURT B., « Devoirs des dirigeants et gouvernance à long terme des sociétés : publication d'une étude par la Commission européenne », *Rev. sociétés*, 2020, p. 649

¹⁶¹ Rapport Notat-Senard remis aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances, du Travail, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », 9 mars 2018

¹⁶² *ibid.*, p.3

¹⁶³ EY et Commission européenne, « *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* », juillet 2020

¹⁶⁴ *ibid.*, 3.1.1.1. : « *Short-termism can be assessed by looking at the evolution of the amount of net corporate funds being used for pay-outs to shareholders (in the form of dividends or shares buybacks) compared with the evolution of the amount used for the creation of value over the life cycle of the firm, namely through investment in infrastructure, workers training, Research and Development (R&D), and investments in sustainability.* », p. 9, traduit librement

constat d'une augmentation des distributions de dividendes impliquerait nécessairement une diminution d'autant des ressources disponibles pour investir, compromettant *in fine* la croissance de la productivité. Or, le constat fait par l'étude à partir de données recueillies dans 16 pays (15 Etats membres + Royaume-Uni) est celui d'une forte hausse des versements effectués aux actionnaires, multipliés par 4 au cours de la période 1992-2018, passant de moins de 1% des revenus en 1992 à près de 4% en 2018, tandis que le *ratio* des investissements en CAPEX et en recherche et développement (R & D) par rapport aux revenus nets est en baisse depuis le début du XXI^e siècle¹⁶⁵. L'étude EY et la Commission européenne en déduisant un problème de court-termisme dans la gouvernance des entreprises.

Partant de ce constat, les différents rapports se sont attelés à en rechercher les causes. Parmi celles-ci, le rapport Notat-Senard a notamment mis en avant le fait que les détenteurs provisoires de capital, en particulier les capital-investisseurs, fréquemment retrouvés aujourd'hui au sein des sociétés, n'ont plus grand chose à voir avec la figure de l'associé telle que pensée par le Code civil de 1804¹⁶⁶. En effet, aspirant quasi-exclusivement à rentabiliser leurs investissements sous la forme d'une plus-value de cession des titres reçus en échange de leurs apports, ces intermédiaires financiers sont conduits à spéculer sur les cours et à ne conserver les titres que sur une courte durée. Face à cette pression grandissante des investisseurs, les dirigeants d'entreprise ont été amenés à prendre des mesures visant à dégager des bénéfices importants, quand bien même ces mesures contrarieraient la viabilité de leur entreprise : « *La valorisation d'une entreprise dépendant de l'anticipation de bénéfices futurs, certains dirigeants ont alors pris des mesures court-termistes (licenciements, baisse momentanée des investissements et donc des amortissements) pour faire croire à une augmentation tendancielle des bénéfices.* »¹⁶⁷ Incités par les actionnaires à investir prioritairement dans des projets à court terme, présumés être rentables, les dirigeants d'entreprise se montreraient ainsi réticents à favoriser les projets à long terme, mal perçus par les investisseurs du fait de leur coût et de leur répercussion sur le montant des dividendes perçus en fin d'exercice. En ce sens, une étude américaine publiée en 2016 a révélé que les trois quarts des dirigeants des sociétés cotées renonçaient à tout investissement opportun sur le long terme dès lors qu'il était susceptible, même sur un seul trimestre, d'avoir des incidences négatives sur les résultats financiers¹⁶⁸. Cette cause du court-termisme des dirigeants d'entreprise a également été mise en avant par l'étude EY, pointant notamment du doigt des investisseurs de plus en plus déconnectés de la vie de la société (investisseurs institutionnels) ou qui raisonnent à court terme et cherchent à maximiser leur gains (activistes), la publication trimestrielle d'informations financières et la pratique systématique du « benchmarking » de leurs performances financières renforçant ces tendances. Le rapport Notat-Senard allant jusqu'à parler

¹⁶⁵ *ibid.*, p. vi

¹⁶⁶ Rapport Notat-Senard, *op. cit.*, p. 3

¹⁶⁷ LECOURT B., « Les sociétés commerciales et la culture du long-termisme » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, L.G.D.J., 2021, p. 534

¹⁶⁸ www.theatlantic.com/business/archive/2016/12/short-term-thinking/511874/, cité par LECOURT B., *op. cit.*, p. 536

de « dictature » du court-terme et des résultats financiers et de « prise de pouvoir par les actionnaires »¹⁶⁹.

À côté de la recherche de rendement par les actionnaires, l'étude EY a également relevé d'autres causes du court-termisme des dirigeants d'entreprise, parmi lesquels l'on peut relever : une interprétation trop restrictive du devoir de l'administrateur, dont il n'est pas attendu qu'il identifie et atténue des risques relatifs à la durabilité, dans l'ordre interne comme externe, et de l'intérêt social qu'il doit promouvoir, principalement déterminé par la primauté de l'actionnaire ; l'absence de stratégie de durabilité dans la société, par la détermination d'objectifs liés à des critères RSE ou, lorsqu'il en existe une, le manque d'ambition dans les objectifs fixés ; la rémunération des conseils d'administration par le versement en actions favoriserait le court-termisme et la référence à des critères RSE ne serait pas encore suffisamment développée¹⁷⁰. D'après EY, ces causes du court-termisme prendraient elles-mêmes racines dans les insuffisances des cadres réglementaires et les pratiques du marché, d'où la nécessité d'interventions législatives.

Précisément, face à l'ampleur du problème court-termiste dans la gouvernance des entreprises et la multitude de ses nombreux facteurs, un modèle de gouvernance tourné vers le long terme a progressivement été promu, tant au niveau interne qu'au niveau européen et international.

Paragraphe II : Solution au mal : promouvoir une vision à long terme de l'entreprise

La promotion d'une viabilité à long terme de l'entreprise est logiquement allée de pair avec la dénonciation des travers du court-termisme et est donc essentiellement apparue au lendemain de la crise de 2008. Dès 2010, un rapport de l'ONU, incitant les entreprises se situant au bas de la « *sustainability pyramid* »¹⁷¹ à se conformer davantage à l'objectif de « durabilité » (« *sustainability* »), a défini la *Corporate sustainability* comme « *a company's delivery of long-term value in financial, social, environmental and ethical terms* »¹⁷², visant de la sorte un idéal de pérennité du modèle commercial de l'entreprise, prenant en compte des exigences environnementales, sociétales et morales¹⁷³. Plus tard, en 2013, la Commission européenne a publié un Livre vert sur « *Le financement à long terme de l'économie européenne* »¹⁷⁴ dans lequel, afin de relancer l'économie, elle a notamment préconisé le développement des investissements sur le long terme, donc la formation d'un capital pérenne au sein des entreprises.

¹⁶⁹ Rapport Notat-Senard, *op. cit.*, p. 3

¹⁷⁰ EY et Commission européenne, « *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* », juillet 2020, p. vi

¹⁷¹ ONU, « *Blueprint for corporate sustainability leadership* », p. 1

¹⁷² *ibid.*, p. 5

¹⁷³ Cf., BARBIÈRI J.-B. : « *La Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 101

¹⁷⁴ Commission européenne, Livre vert, « *Le financement à long terme de l'économie européenne* », COM(2013) 150 final

Plus récemment encore, a été publiée la directive sur « *l'engagement à long terme des actionnaires* » dans les sociétés cotées, apportant un bouleversement dans la conception européenne du droit des sociétés en confirmant la pérennité comme nouveau paradigme à suivre par les actionnaires eux-mêmes : « *L'engagement concret et durable des actionnaires est l'une des pierres angulaires du modèle de gouvernance des sociétés cotées, qui repose sur l'équilibre des pouvoirs entre les différents organes et les différentes parties prenantes. 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* »¹⁷⁵. En ce sens, l'Institut français de gouvernement des entreprises a proposé une définition de l'actionnaire de long terme comme étant celui qui ne cherche pas systématiquement une immédiate plus-value, mais qui s'intéresse à l'activité de l'entreprise sur une durée correspondant à un cycle d'exploitation allant de deux à cinq ans, selon le domaine d'activité¹⁷⁶, faisant dire au Professeur Benoît Lecourt que « *l'actionnaire de long terme est donc celui qui instaure de manière durable une relation de confiance avec la société.* »¹⁷⁷ Le but final de la directive est évidemment de promouvoir une durabilité intrinsèque à l'entreprise (le texte emploie même le pléonasme de « *pérennité à long terme* ») en mettant fin aux velléités court-termistes (avérées ou non) des actionnaires, présumés contrarier les intérêts de l'entreprise. Comme le résume ce même auteur, « *La promotion de la viabilité à long terme de la société est alors désormais un nouvel objectif européen.* »¹⁷⁸

Plus tard, la communication du 11 décembre 2019 relative au Pacte vert pour l'Europe a expressément mentionné que « *la durabilité [...] devrait être intégrée dans le cadre de la 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* »¹⁷⁹. De nouveau est promue l'idée d'une pérennité intrinsèque à l'entreprise. Dans le cadre de l'initiative amorcée en 2020 en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable, partie intégrante du train législatif du Pacte vert, cette durabilité interne a pris les traits d'une prise en considération accrue des parties prenantes¹⁸⁰ que ce soit par leur identification et la « *gestion des risques pesant sur la société* »¹⁸¹, comme par une plus grande intégration dans le processus décisionnel des entreprises¹⁸², l'idée étant d'atténuer de la sorte les incidences négatives du court-termisme de certains actionnaires.

¹⁷⁵ Directive n°2017/828 du 17 mai 2017 en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, dite directive SRD II, cons. 14

¹⁷⁶ Institut français de gouvernement des entreprises, *Le rôle et la responsabilité de l'actionnaire de long terme*, mai 2015, V. LECOURT B., *op. cit.*, p. 535

¹⁷⁷ LECOURT B., *op. cit.*, p. 535

¹⁷⁸ LECOURT B., *op. cit.*, p. 533

¹⁷⁹ Communication de la Commission, « Le Pacte vert pour l'Europe », Com 2019(640), 11 déc. 2019, p. 20

¹⁸⁰ Commission européenne, « *Sustainable corporate governance initiative – Summary report – public consultation* », juillet 2021

¹⁸¹ *ibid.*, p. 5 : « *To manage the risks for the company in relation to stakeholder interests* »

¹⁸² *ibid.*, p. 4

Ainsi, ces textes européens vont tous dans le même sens, à savoir celui d'une nouvelle stratégie imposée aux entreprises, essentiellement tournée vers le long terme, leur permettant d'adopter un modèle commercial assurant leur propre pérennité, l'idée étant, en effet, que cette nouvelle stratégie de long terme servirait non seulement l'intérêt général, mais également l'intérêt de l'entreprise elle-même. En ce sens, il peut être relevé que si les projets à long terme peuvent, dans un premier temps, paraître coûteux pour l'entreprise et la dévaloriser (à court terme) aux yeux des investisseurs, ce sont toutefois eux qui sont le plus susceptibles de générer à long terme des incidences positives. Comme le note en effet Benoît Lecourt, « *l'absence de décisions précipitées peut éviter à la société des prises de risques excessifs pouvant la déstabiliser financièrement. Il est, en outre, important vis-à-vis des créanciers sociaux que la société inspire confiance sur le long terme.* »¹⁸³ De plus, de nombreuses études ont démontré le bénéfice que peut retirer une entreprise de l'adoption d'une politique long-termiste : c'est ainsi qu'une étude publiée en 2016 par France Stratégie portant sur 8500 entreprises a révélé un écart de performance économique approchant les 13% entre les sociétés recourant à une politique RSE et celles qui n'en ont pas mis en place¹⁸⁴.

Conclusion du Chapitre :

Trouvant ainsi ses racines dans les sciences économiques et de gestion et traduite en droit par la dénonciation d'un court-termisme supposé des actionnaires et dirigeants et la promotion d'un modèle d'affaires orienté vers le long-terme, assurant la pérennité de l'entreprise, la conception interne de la durabilité apparaît ainsi bel et bien existante, aux côtés de sa conception externe, déjà dégagée.

Conclusion du Titre :

En réponse à l'interrogation initiale, il pourrait dès lors être affirmé que la « durabilité » est bel et bien un terme polysémique, qui renverrait donc à deux concepts juridiques différents : l'un s'intéressant, depuis l'extérieur, au respect par l'entreprise de ses engagements sociaux et environnementaux, l'autre abordant l'entreprise comme un outil de la durabilité, se devant, de ce fait, d'être elle-même durable. Mais cette conclusion nous paraît exagérée. En effet, si deux approches différentes se dégagent bien du terme de durabilité, il nous semble qu'il ne s'agit pas véritablement de deux sens radicalement opposés renvoyant à deux concepts distincts, mais plutôt de deux déclinaisons nuancées d'un même terme, de deux façons différentes d'en faire utilisation. De ce point de vue, la « durabilité » ne serait pas polysémique et le concept sous-jacent serait unique.

Conclusion de la Partie :

Ainsi, bien qu'affecté par une absence d'unanimité quant à sa terminologie et par une absence de définition qui lui est propre, le concept de durabilité nous paraît bel et bien existant, et ce, sous les traits

¹⁸³ LECOURT B., op. cit., p. 537

¹⁸⁴ BENHAMOU S., DIYAE M.-A., en collaboration avec CRIFO P., Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité. Évaluation et approche stratégique, France Stratégie, Université Paris Nanterre et École Polytechnique, 2016

d'un concept à contenu indéterminé. En outre, si deux approches différentes de la durabilité se dégagent effectivement de la notion, la durabilité n'en demeure pas moins un concept juridique unique, ces deux conceptions renvoyant simplement à deux utilisations différentes d'un même concept.

Une fois l'existence d'un concept de durabilité mise à jour, se pose nécessairement la question de sa traduction normative.

Seconde partie : Du concept à la norme

Si la durabilité a connu ces dernières années une **transposition juridique considérable**, tant à l'échelon européen qu'au niveau national, et ce, dans un sens interne comme dans un sens externe (**Titre 1er**), nous verrons toutefois qu'elle s'est heurtée à de **nombreux obstacles et à de multiples contestations**, suscitant ce faisant une remise en question de la voie empruntée (**Titre 2**).

Titre 1er : La traduction normative de la durabilité

Globalement, cette traduction normative de la durabilité s'est réalisée sur deux terrains principaux : celui d'une obligation pour les entreprises de **rendre compte** de leur prise en considération des enjeux de durabilité (**Chapitre 1er**) et celui consistant à faire de ces entreprises des **acteurs à part entière de ces enjeux** (**Chapitre 2**), ces deux approches renvoyant, *a priori*, aux sens externe, respectivement interne de la durabilité, témoignant ainsi de leur prise en compte conjointe par le législateur.

Chapitre 1er : Une entreprise rendant compte de son intégration des enjeux de durabilité

De plus en plus mises à nu, les entreprises ont vu leurs obligations de transparence en matière de durabilité se multiplier de manière particulièrement sensible ces dernières années. Ces nouvelles obligations, qu'elles poursuivent un **renforcement des exigences de reporting extra-financier** (**Section 1**) ou s'inscrivent dans la **promotion d'une finance durable** (**Section 2**), s'attachent ainsi, *a priori*, au sens externe et classique d'une durabilité consistant pour l'entreprise à rendre compte auprès de l'extérieur de son respect des enjeux du développement durable. Toutefois, nous verrons que sur ces deux terrains, l'obligation de rendre compte peut, en réalité, également être rapprochée de la durabilité dans son sens interne.

Section 1 : Une transparence renforcée par les règles de reporting sur la durabilité

Le 21 avril 2021 a été publiée par la Commission européenne la proposition de directive dite « CSRD » (*Corporate Sustainability Reporting Directive*)¹⁸⁵, modifiant la directive dite « NFRD » (*Non Financial Reporting Directive*) de 2014, premier acte par lequel le législateur européen était intervenu dans le domaine du *reporting* extra-financier. Si la proposition a pour atout de répondre aux nombreuses lacunes présentées par la NFRD, rapidement dénoncées en pratique, en étendant le champ et en renforçant les exigences de *reporting*, elle présente également l'intérêt de consacrer l'expression de « *corporate sustainability reporting* », dont la traduction dans la version française se révèle toutefois ambiguë.

En effet, comme l'explique parfaitement Jean-Baptiste Barbièri, un doute existe quant au sens exact à accorder à l'expression, le terme de *sustainability* (donc de « durabilité ») pouvant se reporter, soit au terme qui le suit, à savoir *reporting*, visant alors - de manière classique - la publication d'informations sur la durabilité dans un contexte sociétair, soit au terme qui le précède, *corporate*, visant alors la publication d'informations sur la durabilité sociétair.¹⁸⁶ Ainsi, selon le sens qui est retenu, l'expression peut renvoyer à une durabilité **externe** (§1) ou à une durabilité **interne** (§2). Or, la proposition CSRD semble précisément pouvoir être rattachée aux deux acceptions à la fois.

Paragraphe I : Un *reporting* au service de la durabilité externe : le renforcement des informations sur la durabilité par les entreprises

Fidèle à une acception traditionnelle du *reporting* extra-financier, la proposition CSRD consacre l'obligation pour les entreprises concernées de publier des informations non financières au sein de leurs documents financiers. Cette obligation existe en France depuis la loi NRE de 2001¹⁸⁷ et l'introduction dans le code de commerce de l'article L. 225-102-1 en vertu duquel le rapport de gestion doit contenir des informations « *sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ». Elle connaît désormais une source européenne, à travers la directive comptable de 2013 et la NFRD de 2014 qui ont imposé aux sociétés cotées (hors PME) la publication dans leur déclaration sur le gouvernement d'entreprise d'informations ayant trait à la diversité, et aux entités d'intérêt public dépassant 500 salariés à la date de clôture de leur bilan la publication dans leur rapport de gestion ou dans un rapport autonome d'informations non financières non liées à la diversité et relatives à tout le moins aux questions environnementales, sociales, de personnel, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption¹⁸⁸, thématiques classiques de la RSE.

¹⁸⁵ Proposition de directive modifiant les directives n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n° 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, COM (2021) 189 final, 21 avr. 2021

¹⁸⁶ BARBIÈRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 99

¹⁸⁷ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

¹⁸⁸ Art. 19 bis, §3 et Art. 29 bis, §3, directive n°2013/34/UE

Dès lors, en ne faisant qu'élargir le champ de ces obligations, la proposition CSRD n'innoverait que peu et ne ferait qu'accentuer un mouvement déjà en marche depuis 20 ans. Ce qui amène Jean-Baptiste Barbièri à commenter : « *En cela, la nouvelle Directive ne viendrait pas consacrer la notion de Corporate sustainability et serait uniquement centrée sur les informations environnementales dues par les sociétés* »¹⁸⁹. Et ce, d'autant plus que, comme le rappelle l'auteur, l'expression « *Corporate sustainability reporting* » est traduite dans la proposition CSRD par « *informations en matière de durabilité par les entreprises* »¹⁹⁰. Les règles de *reporting* se mettraient ainsi au service d'une approche *externe* de la durabilité, l'entreprise étant appelée à rendre compte, auprès de l'extérieur, de son intégration des enjeux de durabilité.

Pour autant, même limitée à une telle acception, la proposition CSRD présente l'intérêt de répondre aux nombreuses insuffisances de la NFRD, pointées du doigt en pratique et en doctrine¹⁹¹. En effet, si la NFRD présente le mérite de constituer une première étape au niveau européen dans l'élaboration d'un *reporting* extra-financier, elle comportait toutefois un certain nombre de lacunes : ont notamment été pointées du doigt la trop grande latitude laissée aux États membres dans la transposition de la directive et la trop grande liberté octroyée aux entreprises dans le choix de leurs indicateurs et de leur cadre de référence, menant à un domaine d'application à géométrie variable¹⁹² et à des divergences de cadres de *reporting*, le tout portant alors atteinte à l'objectif de comparabilité par les parties prenantes que s'était pourtant fixé le législateur européen. A également été dénoncée l'absence de contrôle obligatoire du contenu de ce *reporting*, l'auditeur devant jusqu'à présent uniquement veiller à ce que les déclarations aient été communiquées¹⁹³. Or, cette absence de contrôle de la qualité et de la sincérité des informations publiées est, elle aussi, de nature à contrarier l'objectif de comparabilité, comme le relève Nicolas Cuzacq : « *Comment les parties prenantes peuvent-elles comparer objectivement les entreprises européennes si seulement certaines d'entre elles ont fait l'objet d'un audit extra-financier ? Au surplus,*

¹⁸⁹ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 99

¹⁹⁰ intitulé de la proposition : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) no 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises

¹⁹¹ V. notamment : CUZACQ N., « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p.707 ; LECOURT B., « Pour une révision de la directive du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations extra-financières », *Rev. sociétés*, 2020, p. 123

¹⁹² Dir. N°2013/34, art. 2§1 définit l'entité d'intérêt public comme incluant les sociétés cotées sur un marché réglementé d'un État membre, les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, mais permet également à chaque État membre d'y intégrer des « *entreprises qui ont une importance publique significative en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés* » ; liberté exercée par le législateur français lors de la transposition de la NFRD par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 en soumettant aux exigences de *reporting* extra-financier non seulement les sociétés cotées (depuis le 1er janvier 2021 : C. com., Art. L. 22-10-36 et R. 22-10-29) mais également les grandes sociétés non cotées, c'est-à-dire celles dépassant, à la date de clôture de l'exercice, les seuils suivants : 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice (C. com., Art. L. 225-102-1 et R. 225-104).

¹⁹³ Dir. n° 2013/34, art. 19, § 5 et 20, § 3 ; ce qui n'empêche pas un État membre d'exiger un tel contrôle, comme le fait d'ailleurs le droit français qui prévoit une vérification faite par un organisme tiers indépendant (OTT), donnant lieu à un avis transmis aux actionnaires (C. com., Art. L. 225-102-1, V ; R. 225-105-2)

comment obtenir la confiance des parties prenantes sans un audit extra-financier obligatoire ? »¹⁹⁴ Le même auteur a d'ailleurs théorisé l'existence d'un « triangle d'incompatibilité du reporting extra-financier », inspirée du triangle d'incompatibilité de l'économiste Mundell¹⁹⁵, dont les trois points seraient la comparabilité des entreprises, l'absence d'un audit obligatoire de la qualité de l'information et la liberté laissée aux entreprises de créer leurs propres indicateurs. Étant donné qu'il s'agit d'un triangle d'incompatibilité et que les deux derniers points du triangle ont été privilégiés au sein du dispositif prévu par la NFRD, « le troisième point, à savoir l'objectif de comparabilité, a été sacrifié, au moins partiellement, par le législateur européen. »

Au vu de ces lacunes, la proposition CSRD projette d'intervenir sur deux terrains.

Elle entend, tout d'abord, étendre le champ des exigences de reporting et unifier leur application au sein de l'Union. Sur le plan *ratione materiae*, la proposition CSRD vise désormais les informations sur la « durabilité » et non plus « non financières », ce qui renvoie, au-delà des thèmes déjà retenus par la NFRD, également aux « facteurs de gouvernance » ayant notamment trait au rôle des organes d'administration, de direction ou de surveillance et à leur composition, mais également à l'éthique des affaires, la culture d'entreprise. Sur le plan *ratione personae*, le texte propose d'étendre le champ d'application du reporting à toutes les sociétés cotées, à l'exception des micro-entreprises, et pour les sociétés non cotées, aux grandes sociétés au sens de la directive comptable¹⁹⁶ (donc celles dépassant deux des trois seuils suivants : 20 millions d'euros pour le bilan, 40 millions d'euros pour le chiffre d'affaires et 250 pour le nombre de salariés¹⁹⁷), les sociétés cotées constituant des PME pouvant toutefois publier des informations proportionnées à leurs capacités et ressources. La proposition prévoit même une portée extra-territoriale des règles de reporting en y assujettissant les sociétés établies dans des pays tiers mais cotées sur des marchés réglementés de l'Union, témoignant ainsi de la volonté de l'UE d'exporter à l'international le modèle d'entreprise vertueuse qu'elle entend promouvoir. Cet élargissement du champ *ratione personae* des exigences de reporting permettrait d'y assujettir 49 000 sociétés, au lieu de 11 000 à l'heure actuelle¹⁹⁸.

En outre, en réponse aux insuffisances de la NFRD, la proposition CSRD prévoit une harmonisation des pratiques par une utilisation obligatoire des normes européennes de reporting,

¹⁹⁴ CUZACQ N., *op. cit.*, p.

¹⁹⁵ MUNDELL R., « *The monetary dynamics of international adjustment under fixed and flexible exchange rates* », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 74, 1960

¹⁹⁶ Proposition CSRD, art. 19 bis, §1 : « *Les grandes entreprises et, à partir du 1^{er} janvier 2026, les petites et moyennes entreprises qui sont des entreprises visées à l'article 2, point 1) a), incluent dans leur rapport de gestion les informations nécessaires à la compréhension des incidences de l'entreprise 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 de l'entreprise.* »

¹⁹⁷ Dir. N°2013/34/UE, art. 3§4

¹⁹⁸ Proposition CSRD, exposé des motifs, p. 12

permettant ainsi une meilleure comparaison des données entre entreprises utilisant les mêmes référentiels. De plus, les informations communiquées dans la déclaration devraient faire l'objet d'une attestation par un auditeur qui serait à même de contrôler leur qualité de manière indépendante et impartiale.

Paragraphe II : Un reporting au service de la durabilité interne : l'avènement des informations sur la durabilité des entreprises

Si ces derniers éléments mettent en lumière une acception classique du *reporting* extra-financier, tendant à inscrire la proposition CSRD dans une approche *externe* de la durabilité, celle-ci peut toutefois également être rattachée à une vision *interne* de la durabilité. Il est en effet possible, à certains égards, de considérer que le terme de *sustainability* (« durabilité ») dans l'expression « *corporate sustainability reporting* » se réfère en réalité au terme qui le précède, à savoir *corporate*, de sorte que la proposition de directive porterait également sur la publication d'informations sur la « durabilité sociétariaire ».

En ce sens, comme le note Jean-Baptiste Barbièri¹⁹⁹, il est intéressant de relever que si l'intitulé de la proposition vise, dans une approche de durabilité externe, les « informations en matière de durabilité *par* les entreprises », le texte de la proposition fait toutefois également mention de la « durabilité *des* entreprises »²⁰⁰ tout en visant les efforts des « entreprises pour garantir la durabilité de leurs modèles économiques et de leurs activités »²⁰¹. L'idée d'un *reporting* servant à assurer une durabilité intrinsèque à l'entreprise n'est alors plus très éloignée. Dans le même ordre d'idées, le fait que la proposition CSRD prévoit de remplacer la terminologie d'informations « non financières », voire « extra-financières », retrouvées habituellement dans les textes européens, par celle d'informations relatives à la « durabilité », est justifié par la Commission européenne en rappelant que « *De nombreuses parties prenantes considèrent que le terme "non financier" est inexact, notamment parce qu'il implique que les informations en question sont dénuées de pertinence financière. Toutefois, les informations en question sont de plus en plus importantes sur le plan financier.* »²⁰² À travers cette adoption de la théorie de double-matérialité, l'on perçoit de nouveau l'idée selon laquelle les informations publiées par une entreprise dans le cadre de son *reporting* extra-financier serviraient à davantage qu'à simplement informer le public sur le respect par celle-ci de ses obligations découlant du développement durable. Constat qui amène Jean-Baptiste Barbièri à relever « *un glissement entre la simple publication des entreprises sur la durabilité de leurs activités de manière externe (mon activité pollue-t-elle tellement qu'elle en devient insoutenable ?) et la publication d'informations sur*

¹⁹⁹ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 99

²⁰⁰ Traduit de « *corporate sustainability information* », cons. n° 9

²⁰¹ Traduit de « *the efforts of undertakings to ensure that their business models and activities are sustainable* », cons. n° 12.

²⁰² Proposition CSRD, cons. 5

la durabilité de leurs activités de manière interne (mon activité fait-elle que mon entreprise est durable ?) »²⁰³, glissement qui serait d'autant plus accentué que ces informations sont publiées au sein de rapports de *gestion* et de déclarations de *performance*²⁰⁴.

Cette idée d'une transparence au service de la durabilité interne des entreprises a d'ailleurs été affirmée par le rapport Pascal Durand de décembre 2020 dans le cadre de l'initiative européenne sur la gouvernance d'entreprise durable : en effet, considérant que la publication d'informations extra-financières est « *nécessaire pour mesurer, suivre et gérer des entreprises et leur incidence à long terme sur la société et l'environnement* »²⁰⁵, le rapport en a déduit que l'obligation de *reporting* apparaissait effectivement « *étroitement liée à la gouvernance durable des entreprises* »²⁰⁶. De même, faisant le point en 2018 sur les nouvelles exigences de *reporting* issues de la transposition en droit français de la NFRD et constatant que le nouveau paradigme de cette transparence est celui du principe de matérialité (repris dans la proposition CSRD) amenant les entreprises concernées à « *sélectionner et hiérarchiser les données les plus opportunes pour l'entreprise en fonction de leur importance au regard de leurs enjeux, des risques qu'ils font courir à l'entreprise, et des préoccupations des différentes parties prenantes* », Virginie Mercier voit en ce « nouveau » *reporting* RSE une « *véritable opportunité* » pour les entreprises, la publication cessant d'être un rapport de conformité mais ayant « *vocation à devenir un véritable outil de pilotage opérationnel et stratégique de l'entreprise, à la fois concis et accessible, concentré sur les informations significatives liées à l'activité de l'entreprise et, par voie de conséquence, un document d'information et de dialogue incontournable pour l'ensemble des parties prenantes. Il pourrait très rapidement faire de la performance RSE un levier de performance globale de l'entreprise.* »²⁰⁷ Autrement dit, le *reporting* extra-financier deviendrait un outil incontournable de la durabilité *interne* des entreprises.

Section 2 : Une transparence élargie en vue de la promotion d'une finance durable

Alors qu'*a priori*, l'on pourrait penser que la finance et l'environnement n'ont rien pour s'entendre - en effet, comme le rappellent Myriam Roussille et Virginie Mercier, « *Lieux de rencontre d'intérêts économiques égoïstes, les marchés financiers sont guidés par des anticipations de court terme, quand les défis environnementaux appellent des comportements, respectueux de la nature, ne pouvant prospérer que sur le long terme* »²⁰⁸ -, au vu de l'urgence climatique actuelle, les acteurs des marchés financiers ont été amenés à y prêter de

²⁰³ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 100

²⁰⁴ Cf. *ibid.*

²⁰⁵ Rapport au Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable (2020/2137(INI)), 2 déc. 2020, p.6, point D

²⁰⁶ *ibid.*, point E

²⁰⁷ MERCIER V., « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l'Université d'Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 84

²⁰⁸ ROUSSILLE M. et MERCIER V., « Propos introductifs », in. Dossier : La finance au service du climat, *BJB*, mars-avril 2021, n°2, p. 38

plus en plus attention, au départ, à travers une forme d'autorégulation par l'adoption de leurs propres instruments (*Green bonds principles*, *Sustainability-Linked Bond principles*, labellisation...), puis, à marche forcée, du fait de l'intervention du législateur national et, plus récemment, du législateur européen et de leur volonté d'accompagner le développement de cette finance dite « durable ». Le 8 mars 2018, la Commission européenne a annoncé, par le biais d'une communication²⁰⁹, son plan d'action visant à financer la « croissance durable », celle-ci étant définie de manière générale comme « *le processus consistant à tenir dûment compte des considérations environnementales et sociales dans la prise de décisions d'investissement, ce qui se traduit par une hausse des investissements dans des activités à plus long terme et durables* »²¹⁰. Plus récemment, la Commission a présenté le 6 juillet 2021 une nouvelle stratégie « *pour le financement de la transition vers une économie durable* »²¹¹, mettant à jour le plan d'action de 2018, mais reposant en large partie sur les outils que le législateur européen a été amené à créer entre-temps dans le but d'assurer l'objectif de réorientation des flux de capitaux vers des investissements plus durables. C'est ainsi que, progressivement, ont été imposées aux acteurs des marchés financiers une taxonomie commune ainsi qu'une obligation de transparence en matière de durabilité.

Si cette réglementation financière a essentiellement pour objet **d'assurer la transparence des marchés financiers** et tend, de ce fait, fondamentalement vers une **approche externe de la durabilité (§1)**, l'on ne peut toutefois ignorer **l'incidence qu'elle a sur le fonctionnement interne des acteurs concernés**, de sorte qu'elle doit également être rattachée à une **vision interne de la durabilité (§2)**.

Paragraphe I : Une réglementation imposant la transparence et donc une durabilité externe

Comme l'a rappelé la Commission européenne dans sa communication de 2021, à la suite du plan d'action de 2018 pour le financement de la croissance durable, le législateur européen a établi les trois éléments constitutifs d'un cadre permettant d'atteindre un tel objectif : « *1) un système de classification, ou «taxinomie», des activités durables, 2) un cadre pour la publication d'informations par les entreprises financières et non financières, et 3) des outils d'investissement, notamment des indices de référence, des normes et des labels.* »²¹²

Décrite en 2018 comme « *la mesure la plus importante et la plus urgente prévue dans le présent plan d'action* »²¹³ afin de réorienter les flux de capitaux vers des activités économiques plus durables, l'élaboration d'une taxonomie des activités considérées comme durables a été assurée par l'adoption en

²⁰⁹ Communication de la Commission, « Plan d'action: financer la croissance durable », COM (2018) 97 final, 8 mars 2018

²¹⁰ *ibid.*, p. 2

²¹¹ Communication de la Commission, « Stratégie pour le financement de la transition vers une économie durable », COM (2021) 390 final, 6 juillet 2021

²¹² *ibid.*, p. 2

²¹³ Communication de la Commission, 8 mars 2018, p. 4

2020 du règlement européen « Taxonomy » portant sur « l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables »²¹⁴, dont l'objet est d' « (établir) les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement. »²¹⁵ En effet, comme l'admet la Commission elle-même en 2018, si l'on veut efficacement réorienter la circulation des capitaux en direction d'activités jugées plus durables, il s'avère indispensable, au préalable, « de se fonder sur une compréhension commune de la notion de "durable" »²¹⁶. En l'occurrence, les activités éligibles à la taxonomie verte sont visées à l'article 3 du règlement et doivent respecter les quatre critères de durabilité qui y sont listés²¹⁷. Parmi ceux-ci, afin d'être qualifiée de durable sur le plan environnemental, l'activité doit contribuer « substantiellement » à au moins l'un des six objectifs environnementaux visés par la taxonomie (à savoir : l'atténuation du changement climatique ; l'adaptation au changement climatique ; l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines ; la transition vers une économie circulaire ; la prévention et le contrôle de la pollution ; et la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes)²¹⁸ et ne causer de préjudice important à aucun des autres objectifs. Par exemple, une activité verte au regard de l'un des objectifs ne serait pas qualifiée de durable dès lors qu'elle nuit, par ailleurs, à la biodiversité.

Le règlement *Taxonomy*, en apportant ce « socle de définitions communes »²¹⁹, apparaît ainsi comme le préalable indispensable à d'autres mesures, plus précises, visant à assurer le développement d'une finance durable, comme la « colonne vertébrale »²²⁰ du plan d'action initié en 2018.

Plus encore, si l'on devait la placer sur le terrain du concept de durabilité, la taxonomie européenne, en retenant le sens étroit d'activités qui sont « durables sur le plan environnemental », c'est-à-dire qui ne causent pas de préjudice à l'environnement, s'insère évidemment dans une approche externe de la durabilité, classique pour des exigences de transparence. Jean-Baptiste Barbièri parvient au même constat²²¹. D'autant plus qu'en vertu de l'article 8 du règlement, cette classification imposée aux entreprises, s'accompagne précisément d'une telle obligation de transparence, dès lors que l'entreprise

²¹⁴ Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 (dit « règlement Taxonomy »)

²¹⁵ Art. 1, §1, Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020

²¹⁶ *op. cit.*, p. 4

²¹⁷ Art. 3, Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 : « Aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement, une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental si cette activité économique :

a) contribue substantiellement à un ou plusieurs des objectifs environnementaux énoncés à l'article 9, conformément aux articles 10 à 16 ;
b) ne cause de préjudice important à aucun des objectifs environnementaux énoncés à l'article 9, conformément à l'article 17 ;
c) est exercée dans le respect des garanties minimales prévues à l'article 18 ; et
d) est conforme aux critères d'examen technique établis par la Commission conformément à l'article 10, paragraphe 3, à l'article 11, paragraphe 3, à l'article 12, paragraphe 2, à l'article 13, paragraphe 2, à l'article 14, paragraphe 2, ou à l'article 15, paragraphe 2. »

²¹⁸ Art. 9, *op. cit.*

²¹⁹ *ibid.*

²²⁰ *ibid.*

²²¹ BARBIÈRI J.-B., *op. cit.*, p. 103

est soumise, par ailleurs, à l'obligation de *reporting* extra-financier : elle est alors tenue d'intégrer dans sa déclaration non financière la part de son chiffre d'affaires ou de ses investissements « *provenant de produits ou de services associés à des activités économiques pouvant être considérées comme durables sur le plan environnemental* ». Destinée à permettre aux investisseurs - donc à des personnes extérieures à l'entreprise - de déterminer avec grande précision la durabilité des actifs dans lesquels ils apportent leurs capitaux, cette règle accompagne clairement une approche externe de la durabilité.

Le second grand volet de la finance durable accentue encore davantage cette tendance. En effet, en réponse à la volonté de la Commission européenne exprimée en 2018 de favoriser la transparence en matière de durabilité sur les marchés financiers²²², le législateur européen a adopté en 2019 le règlement *Disclosure* par lequel il a imposé aux professionnels du monde de la finance une obligation de *reporting* extra-financier. Dans le but d'harmoniser les règles en un domaine dans lequel la France s'est révélée pionnière²²³, le législateur européen a établi un standard commun de publication d'informations en matière de durabilité des produits financiers en Europe. S'inspirant du modèle français de 2015, le règlement impose cette publication à deux niveaux : celui de l'entité et celui du produit. Sans entrer dans les détails, s'agissant des obligations d'information incombant aux professionnels de l'investissement, le règlement *Disclosure* leur impose notamment la publication d'informations relatives à leur politique de prise en charge des risques en matière de durabilité²²⁴ - ce risque s'entendant d' « *un événement ou une situation dans le domaine environnemental, social ou de la gouvernance qui, s'il survient, pourrait avoir une incidence négative importante, réelle ou potentielle, sur la valeur de l'investissement* »²²⁵ -, ou encore la publication des principales incidences négatives des politiques d'investissement sur les facteurs de durabilité²²⁶, cette mesure tendant, aux dires de Virginie Mercier, « à éclairer les investisseurs sur les conséquences néfastes de leurs investissements sur l'environnement, les droits humains et sociaux, ainsi que la lutte contre la corruption »²²⁷.

À travers une telle exigence de transparence, c'est bien (à nouveau) une approche externe de la durabilité qui est atteinte, les obligations de *reporting* permettant, en effet, de vérifier, depuis l'extérieur, comment et dans quelle mesure les acteurs des marchés financiers prennent en considération les enjeux du changement climatique, permettant, *in fine*, de « *mieux comprendre, mesurer et ainsi gérer les risques pesant sur le système financier* »²²⁸.

²²² Communication de la Commission, « Plan d'action: financer la croissance durable », COM (2018) 97 final, 8 mars 2018, p. 4 (1. 3. « Favoriser la transparence et le long terme »)

²²³ Art. 173, VI, loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

²²⁴ Art. 3, Règlement (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019

²²⁵ Art. 2, 22), Règlement (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019

²²⁶ Art. 4, Règlement (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019

²²⁷ MERCIER V., *op. cit.*

²²⁸ MERCIER V., « La transparence renforcée des acteurs des marchés financiers en matière de durabilité », in Dossier : La Finance au service du climat, *BJB*, mars-avril 2021, p. 53

Paragraphe II : Une réglementation affectant le fonctionnement interne des entreprises

Mais si la réglementation précitée oeuvre de manière évidente en faveur d'une durabilité prise dans son sens externe, son incidence sur l'approche interne de la notion ne doit, pour autant, pas être négligée. En effet, par leur effet de mise à nu des entreprises (financières et non financières) concernées, les exigences de taxonomie et de transparence imposées au niveau européen conduisent nécessairement ces dernières à modifier un grand nombre de leurs comportements. Comme le notent des praticiens, « *cette consécration juridique de la durabilité, dans un corpus applicable aux émetteurs mais aussi à ceux qui les financent, est susceptible de conduire les entreprises (...) à faire évoluer leurs méthodes de gouvernance (e. g., stratégie de développement, politiques de gestion des enjeux sociaux et environnementaux et de gestion des risques, etc.), à réorienter le cas échéant leur coeur de métier vers une activité plus durable en procédant à des décisions d'investissement ou de désinvestissement stratégique, et à réviser au besoin leur manière de répondre aux attentes du marché (relations avec les investisseurs mais aussi avec les agences de notation crédit et extra-financières).* »²²⁹ Y contribue également une forme de concurrence se développant entre les entreprises concernées par ces exigences de durabilité : en effet, à partir du moment où le respect de celles-ci devient une condition subordonnant une décision de financement ou de désinvestissement, l'on peut affirmer que « *la prise en compte de la durabilité devient un enjeu de compétitivité et d'attractivité pour les entreprises* »²³⁰ forçant encore davantage celles-ci à modifier - de l'intérieur - leurs comportements dans le but d'attirer davantage d'investissements. De nombreux exemples existent en pratique : l'on peut notamment citer l'initiative *Net-Zero Banking Alliance*, portée par l'UNEP FI (*United Nations Environment Program Finance Initiative*), réunissant plus d'une centaine de banques dans le monde s'engageant à financer et investir prioritairement dans des activités décarbonées. Ou encore l'engagement de Total Energies de réserver 50% de ses investissements dédiés à la croissance au développement des nouvelles énergies (renouvelables et électricité principalement) sur la période 2022-2025²³¹. En ce sens, la réglementation financière affecte assurément la durabilité interne des entreprises.

Sur un plan plus concret et plus précis, le respect de ces nouvelles exigences par les entreprises nécessite une implication directe de leurs instances dirigeantes, mais aussi une expertise de plus en plus accrue de leurs collaborateurs : en effet, la réglementation « taxonomie » s'imposant aux entreprises étant de plus en plus technique et complexe à manier, elle suppose une formation adéquate des équipes en charge d'assurer son respect. Plus encore, comme le notent des praticiens, « *la définition d'une stratégie de communication extra-financière (not. pour l'élaboration de la déclaration de performance extra-financière, du rapport intégré, etc.), ainsi que la gestion des questions des investisseurs sur les aspects ESG, suppose une coordination importante*

²²⁹ PIERSON S. et FOURNIER DE SAINT JEAN M., « L'impact de la durabilité sur la stratégie et le fonctionnement interne des entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier 2022, dossier 6

²³⁰ *ibid.*

²³¹ Cf. www.totalenergies.com/fr/actionnaires/pourquoi-investir-chez-total

entre, d'une part, le responsable RSE et, d'autre part, les collaborateurs en charge de la communication et des relations investisseurs. »²³² Ainsi, c'est tout le fonctionnement interne des entreprises qui est affecté par cette nouvelle réglementation et qui est appelé à « être durable », et ce, conformément à une vision *interne* de la durabilité.

Le Professeur Louis d'Avout a théorisé ce paradoxe d'une durabilité externe devenant - par la force des choses - une durabilité interne en affirmant que « *l'afflux des contraintes externes sur l'entreprise et ses composantes juridiques aboutit à l'intériorisation de la discipline, à une prise en charge préventive du risque d'inconduite par l'agent lui-même, surveillant son personnel et celui de certains agents à la « sphère d'influence » externe de l'opérateur* »²³³.

Conclusion du Chapitre :

Ainsi, tant au niveau des règles de *reporting* extra-financier que des règles de taxonomie, l'on constate une double dimension des exigences de transparence en matière de durabilité : s'inscrivant de manière évidente et classique dans une approche externe de la durabilité, elles traduisent également de plus en plus une conception interne de celle-ci.

Cette dernière conception se retrouve encore davantage au sein de dispositifs visant à modifier le comportement de l'entreprise afin d'en faire un acteur majeur de la durabilité.

Chapitre 2 : Une entreprise, acteur même de la durabilité

En effet, si dans sa traduction normative, la durabilité a historiquement pris la forme d'une obligation pour l'entreprise de rendre compte de son respect des engagements liés au développement durable, conformément à une vision externe de la durabilité comportant toutefois, comme nous l'avons vu, des incidences sur son versant interne, elle connaît, depuis plus récemment, une évolution tendant à imposer à l'entreprise d'être elle-même durable dans son développement intrinsèque.

Cette tendance se manifeste essentiellement à deux égards : à travers **l'appel fait aux entreprises d'adopter une gouvernance qui soit durable (Section 1)**, ainsi qu'à travers la volonté, de leur imposer une **plus grande vigilance face aux risques relatifs à la durabilité (Section 2)**, ces deux manifestations de la durabilité interne se retrouvant tant au niveau national qu'au niveau européen.

Section 1 : L'appel à une gouvernance durable des entreprises

²³² PIERSON S. et FOURNIER DE SAINT JEAN M., *op. cit.*

²³³ D'AVOUT L., *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Cours à l'Académie de droit international de La Haye, Livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2019, n°278, p. 506, cité par BARBIÈRI J.-B., *L'ordre sociétair*e, thèse, L.G.D.J., 2021, p. 358, n°377

Ces dernières années ont été marquées par un changement dans la finalité de l'entreprise : alors que le but de toute entreprise a toujours été de réaliser du profit, au vu de l'urgence climatique et face à l'appel de plus en plus insistant en faveur d'une moralisation de la vie des affaires, celle-ci s'est progressivement vue imposer la prise en compte d'enjeux nouveaux, en l'occurrence, sociaux et environnementaux. La gestion de l'entreprise se trouvant entre les mains de ses dirigeants, ce sont logiquement ces derniers qui, en termes de gouvernance, ont été visés par ce changement de paradigme, en étant appelés à gérer leur entreprise de manière plus vertueuse et attentive à l'environnement - au sens large - au sein duquel elle se situe.

Si ces velléités en faveur d'une gouvernance d'entreprise plus durable ont fait l'objet d'une concrétisation en droit français par la **loi PACTE de 2019 (§1)**, **leur traduction normative en droit de l'Union européenne demeure encore au stade du projet (§2)**.

Paragraphe I : Une prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux imposée par la loi PACTE

L'un des principaux apports de la loi PACTE du 22 mai 2019 a été d'avoir introduit en droit français un alinéa 2 à l'article 1833 du Code civil, applicable à toute société et disposant que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* », la même formule ayant été consacrée au sein du code de commerce spécifiquement pour le conseil d'administration²³⁴ et le directoire²³⁵ d'une société anonyme.

Ce faisant, le législateur français a élargi le devoir de diligence des dirigeants à l'égard de leur société en y incluant des préoccupations de durabilité, celui-ci ne pouvant donc plus être défini uniquement par rapport à la maximisation des bénéfices à court terme des actions, mais comme englobant également les enjeux RSE. Cette extension en droit dur du devoir de diligence des dirigeants avait été recommandée par le rapport Notat-Senard, dont la formule a été reprise quasiment mot pour mot par le législateur français. Estimant, en effet, qu' « *Aucune société, même une société civile immobilière, ne peut faire complètement abstraction des enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* », le rapport concluait à la nécessité d'intégrer dans le devoir de diligence des dirigeants les questions sociales et environnementales²³⁶.

Au-delà d'une extension du devoir de diligence des dirigeants, la nouvelle obligation faite aux dirigeants sociaux de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux liés à l'activité sociale vise à emporter une meilleure prise en considération des intérêts des parties prenantes et à faire en sorte

²³⁴ Art. L. 225-35, al. 1er, C. com. « *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 prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* » (version issue de la loi PACTE)

²³⁵ Art. L. 225-64, al. 1er, C. com., « *(Le directoire) détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* »

²³⁶ Rapport Notat-Senard, *op. cit.*, « *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* », recommandation n°1

que l'entreprise prenne conscience de l'environnement au sein duquel elle est implantée. Ce faisant, elle invite d'une certaine manière à un « *rééquilibrage des intérêts* »²³⁷ et s'inscrit pleinement dans l'héritage de la *stakeholders theory* promouvant une gestion d'entreprise dépassant le seul intérêt des actionnaires et prenant en compte les intérêts des parties prenantes, s'opposant ainsi à la *shareholder primacy* qui prévalait antérieurement. La promotion d'une durabilité *interne* à l'entreprise, appelée à changer de modèle d'affaires pour davantage tenir compte de ses parties prenantes, apparaît ainsi clairement. Et ce, d'autant plus que la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil semble consacrer un intérêt propre à la société, l'idée étant que la poursuite de ces enjeux sociaux et environnementaux bénéficie à la société elle-même : en effet, la référence à « l'intérêt social » à l'alinéa 2, en faisant le lien entre « l'intérêt des associés » de l'alinéa 1er du même article²³⁸ et les « enjeux environnementaux et sociaux » de l'alinéa 2, permet, comme le soulignent des auteurs, de fondre « *dans le même creuset l'intérêt des associés et ceux des autres parties prenantes, à travers la nécessaire prise en compte des enjeux sociaux (au sens de la définition du Robert : « Relatif à un groupe d'individus considéré comme un tout et aux rapports de ces individus entre eux ») et environnementaux, le tout faisant émerger un intérêt propre à la société, qui se distingue des intérêts tant des associés que de ceux des autres parties prenantes et ne correspond pas à la somme de ces intérêts.* »²³⁹ Autrement dit, en se conformant à ces enjeux sociaux et environnementaux, l'entreprise poursuit un intérêt qui lui est intrinsèque et tire parti de sa propre durabilité.

La vision interne de la durabilité se retrouve également à travers la possibilité offerte aux sociétés par la loi PACTE d'inscrire dans leurs statuts une raison d'être²⁴⁰, celle-ci ayant été définie par l'exposé des motifs de la loi PACTE comme un « *doute existentiel fécond permettant d'orienter la société vers une recherche du long terme* », s'opposant ainsi à une « *raison d'avoir* »²⁴¹. D'une qualification complexe, la raison d'être peut être distinguée de l'objet social, celui-ci renvoyant à l'activité que la société s'engage à réaliser. En effet, comme l'affirme l'étude d'impact du projet de loi PACTE, « *la raison d'être ne définit pas un champ d'actes possibles mais décrit un amer vers lequel l'activité de la société devrait tendre* »²⁴². La raison d'être doit également être distinguée de l'intérêt social, l'article L. 225-35 du code de commerce faisant en plus bien la distinction entre les deux. Selon certains auteurs, en dépit d'une identité entre les deux notions, « *la raison d'être sert à éclairer l'intérêt social, lui conférer une dimension dynamique, car elle transcende et colore l'intérêt social pour incarner le sens général porteur de valeurs qui doit être donné à l'activité de l'entreprise. Cette notion oblige à se*

²³⁷ MORTIER R., ZABALA B. et DE VENDEUIL S., « Droit des sociétés - La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2019, Étude 8

²³⁸ Art. 1833, al. 1er, C. civ. : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* »

²³⁹ MORTIER R., ZABALA B. et DE VENDEUIL S., *op. cit.*

²⁴⁰ Art. 1835, C. civ. : « [...] *Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.* » ; Art. L. 225-35, C. com. : « *(Le conseil d'administration) prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil.* »

²⁴¹ Exposé des motifs, Loi n°2019-486 du 22 mai 2019

²⁴² Étude d'impact, projet de loi PACTE, p. 547

situer dans la durée, dans le long terme »²⁴³. Servant ainsi de guide d'action à l'entreprise et influant, ce faisant, sur l'ensemble de ses prises de décision, la raison d'être apparaît également comme relevant de l'approche *interne* de la durabilité.

Paragraphe II : L'initiative européenne en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable

Face au constat - apparu, en particulier, à partir de la crise de 2008 - que les dirigeants d'entreprise tendaient globalement à donner la priorité à la maximisation à court terme des bénéfices réalisés par les investisseurs, au détriment de l'intérêt à long terme de leur entreprise, la Commission européenne a commandé une étude auprès du cabinet d'audit *Ernst and Young*, dont l'objet a été d'apprécier les causes du court-termisme dans la gouvernance des entreprises et de proposer des outils de création de valeur à long terme par ces dernières²⁴⁴. Le diagnostic fait par EY ne sera pas rappelé ici²⁴⁵. Face au constat de court-termisme dans la gouvernance des entreprises, l'étude a elle-même proposé des solutions. En effet, concluant qu'un texte européen serait utile en vue de renforcer le rôle et la responsabilité des dirigeants en matière de gouvernance durable de leur entreprise et de favoriser des pratiques de gouvernement d'entreprise afin de promouvoir une culture du long terme, l'étude avance trois options, les deux premières consacrant des instruments non contraignants (diffusion de bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise durable au moyen d'actions de sensibilisation, de communications de la Commission européenne et de « Livres verts » ; recommandations adressées aux législateurs nationaux afin de les inciter à adopter des mesures), la troisième consistant à agir de manière contraignante en consacrant une base minimale de règles précisant les devoirs des dirigeants à travers l'adoption d'une nouvelle directive et/ou la modification de directives existantes.

À la suite de cette étude, la Commission européenne a lancé une initiative sur la gouvernance d'entreprise durable (*Sustainable corporate governance*) qui « *permettrait aux entreprises de privilégier la création de valeur durable à long terme aux bénéfices à court terme. Elle vise à mieux aligner les intérêts des entreprises, de leurs actionnaires et dirigeants, des parties prenantes et de la société.* »²⁴⁶ Le Parlement européen a été, à son tour, amené à préparer une position au regard de ces problématiques. Sur le fondement d'un rapport sur la gouvernance d'entreprise durable présenté par le député européen Pascal Durand (*Renew*, France)²⁴⁷ constatant que « *lorsqu'il s'agit des entreprises, 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*

²⁴³ URBAIN-PARLÉANI I., « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi Pacte du 19 juin 2018 », *Rev. sociétés*, 2018, p. 623 et s.

²⁴⁴ European Commission, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, Final Report, juill. 2020.

²⁴⁵ Voir Partie I, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1

²⁴⁶ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gouvernance-dentreprise-durable_fr

²⁴⁷ Rapport au Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable (2020/2137(INI)), Pascal Durand, 2 décembre 2020

des limites de la planète afin de faire face aux risques les plus urgents que représentent leurs activités à ces égards »²⁴⁸ et face au constat que « les multiples initiatives internationales en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable », en raison de leur caractère non contraignant et basé sur le principe du volontariat, « ont largement prouvé leur inefficacité lorsqu'il s'agit d'influer sur le comportement des entreprises en matière de durabilité »²⁴⁹, le Parlement a adopté une résolution le 17 décembre 2020²⁵⁰ visant notamment à la mise en place d'obligations concrètes et d'incitations à agir par de nouveaux actes législatifs portant sur le devoir de diligence et les devoirs des dirigeants.

Parmi les principales mesures proposées par la résolution, l'on retrouve l'inclusion des préoccupations de durabilité dans le devoir de diligence des dirigeants à l'égard de l'entreprise, l'idée étant de définir ce devoir de diligence des dirigeants non seulement par rapport à la maximisation des bénéfices à court terme des actions, mais également par rapport aux préoccupations de RSE, en y incluant « 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 »²⁵¹. L'inspiration prise de la loi PACTE française et de l'article 1833 du Code civil apparaît clairement, illustrant de nouveau le rôle moteur de la France en ce domaine. Une deuxième grande proposition de la résolution est d'imposer au conseil d'administration de définir une stratégie de viabilité de l'entreprise prenant en compte l'intérêt des parties prenantes. En effet, toujours dans le but d'intégrer dans l'action des dirigeants une vision à long terme de la société, la Commission européenne se voit recommander de prévoir la mise en place d'une responsabilité collective des organes dirigeants des sociétés à responsabilité limitée « de définir, de publier et de suivre une stratégie de viabilité des entreprises »²⁵². Cette stratégie se fonderait sur des objectifs mesurables, spécifiques et conformes aux engagements de l'UE au niveau international. Le processus de définition et de suivi de cette stratégie de durabilité impliquerait l'information et la consultation de toutes les parties prenantes concernées, celles-ci devant être interprétées de la manière la plus large possible, c'est-à-dire comme incluant « toutes les personnes dont les droits et intérêts peuvent être affectés par les décisions de l'entreprise »²⁵³. Concrètement, pour Pascal Durand, l'association des parties prenantes au processus de définition et de suivi de cette stratégie de viabilité « doit être la plus forte possible »²⁵⁴ et se ferait au moyen de comités consultatifs auxquels participeraient des représentants des parties prenantes ou des porte-paroles qui seraient « en échange permanent avec le conseil d'administration afin de pouvoir peser en amont des décisions et, en aval, d'avoir des audits qui soient mandatés par ces

²⁴⁸ *ibid.*, considérant B, p. 5

²⁴⁹ *ibid.*, considérant C, p. 5

²⁵⁰ Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2020 sur la gouvernance d'entreprise durable (2020/2137(INI))

²⁵¹ *ibid.*, cons. 19

²⁵² Rapport au Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable (2020/2137(INI)), Pascal Durand, 2 décembre 2020, point 19, p. 10

²⁵³ *ibid.*, point 26, p. 14

²⁵⁴ Audition de Pascal Durand par la Plateforme RSE, 19 mars 2021

comités »²⁵⁵. Cette responsabilisation du conseil d'administration est approuvée par une partie de la doctrine qui rappelle que « *le conseil d'administration est encore trop souvent une sorte de chambre d'enregistrement de la stratégie décidée par les dirigeants* » et que cet organe mériterait une véritable évolution de son rôle²⁵⁶.

À la suite de cette résolution, la Commission a lancé une consultation publique²⁵⁷, la synthèse des réponses ayant été publiée en mai 2021²⁵⁸. S'il fallait résumer, d'une manière générale, les participants soutiennent le concept de gouvernance durable et se montrent, malgré quelques réponses assez hétérogènes, favorables à l'élaboration de règles européennes. S'agissant notamment de la prise en compte des parties prenantes, les trois quarts des participants estiment qu'il faudrait prendre en compte les intérêts des parties prenantes dans les prises de décisions de la société, cela y compris dans le cadre des chaînes d'approvisionnement.

En prônant une plus grande durabilité dans la gouvernance des entreprises et une meilleure prise en compte des parties prenantes, l'Union européenne s'inscrit pleinement dans une conception *interne* de la durabilité, l'entreprise étant, en effet, non seulement appelée à se conformer aux exigences du développement durable, mais étant amenée à adopter un nouveau modèle assurant sa propre pérennité.

Section 2 : La demande d'une vigilance accrue des entreprises

Le 23 mars dernier, la Commission européenne a publié une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité²⁵⁹. S'inspirant en grande partie de la loi française sur le devoir de vigilance²⁶⁰, elle prévoit d'imposer une obligation de vigilance (notamment) aux sociétés de plus de 500 salariés et dégageant un chiffre d'affaires mondial net supérieur à 150 millions d'euros, ainsi qu'aux sociétés de plus de 250 salariés et réalisant un chiffre d'affaires mondial net de plus de 40 millions d'euros, à condition qu'au moins la moitié de ce chiffre d'affaires soit réalisé dans des secteurs considérés comme à risque. La proposition présente une liste détaillée de ces secteurs parmi lesquels l'on retrouve notamment les secteurs du textile, de l'agriculture, de l'agro-alimentaire ou encore de l'extraction de ressources minérales (pétrole, gaz et charbon). Le champ d'application s'étend également à des sociétés de pays tiers à l'Union dès lors qu'elles y ont réalisé un chiffre d'affaires net

²⁵⁵ *ibid.*

²⁵⁶ PARANCE B., in. CLERC C., KLEIN J., PARANCE B. : « Entretien sur la gouvernance durable », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, sept. 2021, entretien 5

²⁵⁷ Période de consultation : octobre 2020 - février 2021

²⁵⁸ Commission européenne, *Sustainable corporate governance initiative, Summary report, public consultation*, mai 2021

²⁵⁹ Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) n° 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022.

²⁶⁰ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

supérieur à 150 millions ou supérieur à 40 millions d'euros dès lors qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires a été réalisé dans des secteurs à risques. La proposition prévoit de couvrir environ 13 000 sociétés au sein de l'Union européenne et 4 000 sociétés de pays tiers²⁶¹. En ce sens, son champ d'application apparaît bien supérieur à celui de la loi française de 2017 qui ne concernerait que 300 sociétés à peu près²⁶². Le champ d'application du texte européen apparaît d'autant plus large puisqu'il vise non seulement les activités de la société mais également celles des relations commerciales sous son contrôle, le texte s'appliquant ainsi à la chaîne de valeur, en particulier, aux sous-traitants et fournisseurs.

Mentionnons les mesures principales que la proposition entend mettre en place. L'obligation de vigilance des entreprises prend tout d'abord la forme d'une intégration obligatoire du devoir de vigilance dans toutes leurs politiques et d'une élaboration d'une politique en matière de devoir de vigilance²⁶³, celle-ci devant contenir « *une description de l'approche de l'entreprise, y compris à long terme* » en ce domaine, un « *code de conduite décrivant les règles et principes à suivre par les salariés et les filiales de l'entreprise* » ainsi qu'une « *description des procédures mises en place pour mettre en oeuvre le devoir de vigilance, y compris les mesures prises pour vérifier le respect du code de conduite et étendre son application aux relations commerciales bien établies.* » En outre, les entreprises sont également appelées à prendre des mesures appropriées afin d'identifier « *les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et les incidences négatives sur l'environnement découlant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes de valeur, de leurs relations commerciales bien établies* »²⁶⁴. Enfin, les entreprises concernées sont tenues d'élaborer un plan de prévention afin de prévenir des incidences négatives potentielles sur les droits de l'homme et sur l'environnement dès lors que des mesures complexes et particulières sont jugées nécessaires par l'entreprise²⁶⁵. Pour ce qui est incidences négatives potentielles qui n'ont pu être évitées ou atténuées par les mesures prévues par le plan, « *l'entreprise peut chercher à conclure un contrat avec un partenaire avec lequel elle a une relation indirecte, en vue de garantir le respect du code de conduite de l'entreprise ou d'un plan d'action en matière de prévention.* »²⁶⁶ Une responsabilité civile est prévue dans l'hypothèse où les entreprises ne se conformeraient pas aux mesures prescrites et dès lors qu' « *à la suite de ce manquement, une incidence négative*

²⁶¹ Proposition de directive, *op. cit.*, p. 19

²⁶² Le droit français vise en effet uniquement les sociétés anonymes qui emploient, à la clôture de deux exercices successifs, au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est en France, ou au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales dont le siège social est en France ou à l'étranger ; Art. L. 225-102-4, I, C. com.

²⁶³ Art. 5, Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) n° 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022.

²⁶⁴ *ibid.*, Art. 6

²⁶⁵ *ibid.*, Art. 7

²⁶⁶ *ibid.*, Art. 7, §3

qui aurait dû être recensée, évitée, atténuée, supprimée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues aux articles 7 et 8 s'est produite et a entraîné des dommages. »

Ces multiples exigences inscrivent le devoir de vigilance, auquel vont être soumises les entreprises concernées, dans un degré de contrainte bien supérieur à celui issu des obligations de *reporting* extra-financier. En effet, comme le notent à juste titre certains auteurs, le devoir de vigilance soumet l'entreprise à une obligation de faire et non pas uniquement de dire²⁶⁷. Ce faisant, l'on peut considérer que, lorsqu'elle sera adoptée, la directive va marquer une étape fondamentale dans l'évolution des problématiques RSE vers une approche interne de la durabilité : en effet, comme l'a relevé le Professeur Didier Poracchia à propos de la loi du 27 mars 2017, « *Les sociétés soumises à l'obligation de vigilance ne sont plus seulement tenues d'informer le public lorsque cela est nécessaire à la compréhension de leur situation, notamment sur la manière dont elles prennent en considération les conséquences sociales et environnementales de leur activité et éventuellement les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption. Elles doivent aujourd'hui, obligatoirement placer au sein de leur politique sociétair et de groupe la minimisation du risque d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement.* »²⁶⁸ Cette intégration du devoir de vigilance au sein-même de la politique sociétair est bien destinée à faire de l'entreprise un outil de la durabilité, conformément à une vision *interne* de celle-ci.

Conclusion du Chapitre :

Ainsi, les différentes initiatives européennes et nationales en faveur d'une gouvernance durable des entreprises et d'un devoir de vigilance imposé à celles-ci emportent un tournant important : appelées à contribuer aux questions de durabilité, par l'adoption d'un modèle d'affaires davantage orienté vers la prise en considération des parties prenantes et de l'environnement au sein duquel elles se situent, assurant de la sorte leur propre pérennité, les entreprises, comme le souligne justement le Professeur Benoît Lecourt, « *ne sont plus, selon la conception européenne, uniquement observatrices de l'intérêt général ; elles sont désormais actrices de l'intérêt général.* »²⁶⁹

Titre 2 : Les difficultés à transposer normativement la durabilité

²⁶⁷ CUZACQ N., « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev. sociétés*, 2018, p. 347 à propos de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 : « *L'objet de ces deux obligations est différent car le reporting extra-financier prévoit une obligation de dire et non pas de faire. L'intensité de l'obligation de transparence extra-financière est inférieure à celle issue de la loi vigilance.* » ; PARACHKÉVOVA-RACINE I., « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, également à propos de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017

²⁶⁸ PORACCHIA D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l'Université d'Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 13

²⁶⁹ LECOURT B., « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Rev. sociétés*, 2022

Ces nombreuses interventions, oeuvres pour l'essentiel du législateur européen, ne se sont toutefois pas faites sans contestation. En effet, elles ont suscité un **certain nombre de critiques (Chapitre 1er)**, ce qui doit, dès lors, nous amener à réfléchir à des **possibilités d'améliorer la démarche entreprise (Chapitre 2)**.

Chapitre 1er : Une démarche critiquée

Les critiques exprimées à l'encontre des différentes initiatives promouvant la durabilité sont si nombreuses que nous nous voyons contraints de n'en retenir que certaines d'entre elles. En l'occurrence, ces critiques se sont particulièrement concentrées ces deux dernières années sur le **projet de gouvernance d'entreprise durable porté par le législateur européen (Section 1)**. A également été soulevé par la doctrine un **risque inopportun de bouleversement de l'équilibre sociétaire** du fait des différentes transpositions normatives de la durabilité (**Section 2**).

Section 1 : Une gouvernance d'entreprise durable remise en cause

Si la volonté de faire de l'entreprise un acteur à part entière de la durabilité, en imposant notamment à ses dirigeants une gouvernance durable, découle évidemment d'une intention louable, elle a dû faire face à de très nombreuses critiques. En effet, tant au niveau interne, en réponse à la loi PACTE, qu'au niveau européen, en réaction à l'initiative de la Commission européenne en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable, de nombreux auteurs et praticiens ont dénoncé ce qui apparaît à leurs yeux comme un **excès dans la transformation du rôle de l'entreprise dans la société (§1)**. Si, pour autant, des avis positifs ont émergé pour défendre les différentes initiatives, il semblerait que les critiques l'aient emporté, **le projet d'un texte européen unique en faveur d'une gouvernance durable ayant récemment été abandonné par le législateur européen (§2)**.

Paragraphe I : Une transformation du rôle de l'entreprise débattue

Se cheminant au fil des réformes et des initiatives, l'évolution de la place de l'entreprise dans la société est observée avec beaucoup d'attention en pratique et en doctrine. Ne laissant pas indifférent, elle a suscité un grand nombre d'avis, tant positifs que négatifs, menant à l'émergence d'un véritable débat juridique - voire même de société - autour de l'opportunité de réformer ou non le rôle sociétal de l'entreprise.

C'est ainsi qu'en réaction à un constat de court-termisme et de financiarisation croissante de l'économie, le rapport Notat-Senard, à l'origine de la loi PACTE, considérant que « *l'entreprise constitue une partie de la solution* »²⁷⁰, a estimé la nécessité de « *redonner de la substance à l'entreprise, l'amener à réfléchir à*

²⁷⁰ Rapport Notat-Senard, p. 6

sa raison d'être »²⁷¹, et ce, afin d'ouvrir la voie à une économie responsable, conciliant la poursuite du profit et la prise en considération des impacts sociaux et environnementaux. Ce bilan est partagé par un certain nombre de praticiens, parmi lesquels l'on peut citer Alexandre Menais, secrétaire général de la société Atos, qui a loué les vertus de la « raison d'être » insérée dans le Code civil par la loi PACTE en affirmant que « dans un contexte de financiarisation de l'économie, de court-termisme des investisseurs, d'émergence de nouveaux acteurs et des aspirations différentes des nouvelles générations, la raison d'être apporte une réponse et permet à l'entreprise de s'inscrire dans le temps long et d'agir pour le bien commun. »²⁷² Ce même dirigeant a par ailleurs dirigé un ouvrage collectif²⁷³, préfacé par le ministre de l'Économie Bruno Le Maire, et réunissant plus de 40 contributeurs, juristes, économistes, investisseurs et dirigeants témoignant de défis nouveaux pour les entreprises et de la nécessité d'en avoir une vision renouvelée. Plus récemment encore, le rapport réalisé par Bris Rocher, président-directeur général du groupe Rocher, visant notamment à « repenser la place des entreprises dans la société », décrit l'entreprise comme étant « nativement responsable » et estime que les outils issus de la loi PACTE lui permettent désormais « d'endosser un rôle beaucoup plus ambitieux : celui d'oeuvrer au nom de l'utilité publique, une fonction traditionnellement réservée aux Etats »²⁷⁴. L'approche consistant à faire de l'entreprise une entité prenant le relai de l'Etat en oeuvrant à l'intérêt général, est également partagée par une partie de la doctrine. C'est ainsi que le professeur F.-G. Trébulle, relevant la nécessité d'établir une distinction entre l'objectif de la société et sa finalité, a affirmé que « si l'objectif assigné à la société est la réalisation de profits ou d'économies, sa finalité ultime, la raison même pour laquelle elle est dotée de la personnalité morale, demeure la recherche d'un bien commun pour la société toute entière »²⁷⁵, ajoutant que « Si la personne morale existe, c'est certes en raison de son efficience, mais c'est avant tout parce que celle-ci sert la collectivité, par-delà les intérêts de ceux qui la constituent. C'est de là, et de là seulement, que l'on peut considérer que la personne morale est légitime. »

Pour autant, une telle vision encenseuse des avantages qui découleraient de l'avènement d'un rôle sociétal pour l'entreprise, est loin d'être partagée par tous. Dès les années 1950, alors que le courant « *Business and Society* », porté notamment par Howard Bowen, est en plein développement aux États-Unis, certains auteurs ont estimé nécessaire de dénoncer les travers de la responsabilité sociale imposée aux entreprises : convaincu que celle-ci emporterait une limitation drastique de la marge de manoeuvre des entreprises, emportant, de ce fait, une privation « de toute extension, de toute ambition, de toute créativité », l'économiste américain Theodore Levitt a ainsi pu affirmer que la responsabilité sociale des entreprises constitue une négation de la « fonction de l'industrie et du commerce » qui est de rechercher le profit par tous

²⁷¹ *ibid.*

²⁷² « "C'est une révolution calme, mais une vraie révolution sociétale que la loi Pacte a engagée", Entretien avec Alexandre Menais », JCP N, mai 2021, n°20, p. 24

²⁷³ MENAIS A. (dir.), *Raison d'être, engagement et responsabilité*, LexisNexis, 2021

²⁷⁴ Rapport Rocher - « Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte », 19 octobre 2021, p. 3

²⁷⁵ TRÉBULLE F.-G., « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *BJS*, 2007, p. 7

les moyens²⁷⁶ et placerait l'entreprise dans une position qui ne lui est pas légitime, le domaine du social et du bien public étant en effet réservé à l'État. Quelques années plus tard, un autre économiste américain, Milton Friedman, prenant le contre-pied de ses idées nouvelles, affirmera de manière célèbre que la seule et unique responsabilité sociale de l'entreprise est de réaliser des profits²⁷⁷. Cette critique insistant sur une dénaturation de l'entreprise et sur une inversion des rôles entre celle-ci et l'État a perduré et continue à être formulée aujourd'hui, certains auteurs y voyant même aujourd'hui une forme de faiblesse et d'abandon de l'État et du législateur européen, incapables de promouvoir à eux seuls l'intérêt public, et contraints de s'en remettre au secteur privé : le Professeur Marie-Anne Frison-Roche a ainsi pu écrire que « *par cynisme, ou par réalisme, ou par pragmatisme, les États ont émis un "dont acte" définitif à leur impuissance à atteindre des buts, comme la lutte efficace contre la corruption, le trafic d'armes ou le terrorisme. [...] les autorités publiques ont donc imposé à toutes les entreprises qui sont en position de puissance l'obligation d'atteindre des buts de sécurité au bénéfice du groupe social dont l'État est chargé* »²⁷⁸.

Les critiques exprimées à l'égard de ce changement de paradigme du droit des sociétés ont été particulièrement vives en France lors de l'adoption de la loi PACTE : tandis que certains auteurs s'en sont tenus à mettre en lumière le risque de faible portée de la modification de l'article 1833 du Code civil²⁷⁹, d'autres se sont montrés bien plus critiques : dénonçant une « *navrante confusion entre l'entreprise et la société* », le Professeur François-Xavier Lucas²⁸⁰ s'est désolé que le législateur se soit trompé de cible²⁸¹ en affirmant que « *Ce ne sont pas les sociétés en général qu'il faut réformer mais seulement la poignée de sociétés par actions qui, étant soumises aux contraintes des marchés et à l'obsession de la création de valeur actionnariale, sont concernées par les excès d'une financiarisation qui, dans sa version débridée, heurte le sens commun.* » Plus encore, c'est la justification-même de la réforme qui est remise en question par l'auteur qui rappelle que le contrat de société n'est pas le seul contrat visant à enrichir ses parties contractantes, les contrats de location ou de vente, par exemple, ayant la même finalité, de sorte qu'imposer aux seuls actionnaires d'une société,

²⁷⁶ LEVITT Th., Colloque *Harvard Business Review*, 5 septembre 1958, traduit in. LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016, p. 39

²⁷⁷ FRIEDMAN M., « *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits* », *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970

²⁷⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Compliance : avant, maintenant, après », in BORGA N., MARIN J.-C. et RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 23, cité in. BARBIÈRI J.-B., : *L'ordre sociétair*e, thèse, L.G.D.J., 2021, p. 356

²⁷⁹ COURET A. et DONDERO B., *Loi Pacte et droit des affaires, Dossier Pratique*, Éd. Francis Lefebvre, 2019, n°105, p. 13 : « *les optimistes considèrent que cette nouvelle écriture est la condition première pour que la société intègre mieux la réalité de l'entreprise. Pour d'autres, les modifications opérées relèvent de l'ordre du symbole et n'auront donc pas de véritable incidence en pratique* ».

²⁸⁰ LUCAS F.-X., « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, 2018, p. 477 ; critiques également exprimées dans : LUCAS F.-X. et PORACCHIA D. : « La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Couret*, Éditions Francis Lefebvre, 2020, p. 89 et s.

²⁸¹ en omettant que bon nombre d'entreprises sont exploitées par des personnes physiques n'ayant aucune vocation à appliquer le droit des sociétés et que bon nombre de sociétés n'exploitent aucune entreprise et ne devraient donc pas tomber sous le coup de cette réforme

mais pas au bailleur ou au vendeur, de poursuivre un intérêt qui n'est pas le leur et des valeurs qu'il revient à la loi de garantir ne lui paraît pas logique²⁸².

Paragraphe II : Un projet européen « mort dans l'oeuf » ?

La dénonciation du changement de paradigme du droit des sociétés a reçu un écho particulier dans le contexte de l'initiative de la Commission européenne en faveur d'une « gouvernance d'entreprise durable ». C'est, en l'occurrence, l'étude élaborée par le cabinet d'audit EY et publiée par la Commission en juillet 2020²⁸³, élément déclencheur de l'initiative européenne, qui a attiré les critiques les plus virulentes.

En effet, dans une lettre ouverte transmise à la Commission européenne et publiée le 8 octobre 2020, neuf universitaires de la *Harvard Law School* et *Harvard Business School* se spécialisant notamment en gouvernance d'entreprise, court-termisme et en responsabilité des organes dirigeants, ont répondu à la consultation publique de la Commission en critiquant minutieusement l'étude d'EY²⁸⁴. La virulence du propos est bien illustrée par la conclusion du papier : « *The Report fails on every important dimension. (...) No EU policymaker should rely on this Report.* » En premier lieu, les auteurs réfutent l'existence d'un véritable problème de « court-termisme » qui avait pourtant été mis à jour par l'étude EY et qui y trouvait même une place centrale. En effet, l'étude confondrait court-termisme des entreprises (recherche de gains à faible horizon au prix de coûts plus importants à plus large horizon) et simples externalités négatives (impacts négatifs sur les personnes autres que les auteurs d'une décision)²⁸⁵. Les universitaires américains illustrent les limites des propositions avancées liées à cette confusion avec l'exemple de l'industrie du gaz et du pétrole : en application de la logique européenne, les décideurs politiques devraient inciter les compagnies pétrolières à distribuer moins de dividendes et à investir davantage dans une vision à long terme de leur activité. Or, souhaite-t-on réellement inciter ces industries à forer, raffiner et exploiter davantage nos ressources naturelles, s'interrogent ces universitaires ? Bien sûr que non, et ce serait bien là l'illustration topique (voire caricaturale, certes) de la confusion de la Commission européenne entre de simples externalités négatives liées à une activité polluante et un soi-disant problème de court-termisme qui serait à la racine de tous les enjeux actuels de durabilité. La

²⁸² *ibid.*, « *Au-delà, il faut signaler que le contrat de société n'est pas la cause des maux dénoncés car, s'il vise à enrichir les associés, c'est au même titre que d'autres contrats permettant l'exercice d'une activité économique. La location procure au bailleur des revenus, la vente vise à enrichir le vendeur et le crédit le banquier, sans que personne n'ait jamais prétendu imposer à ces parties de modifier l'économie du contrat au nom d'enjeux sociaux et environnementaux. Pourquoi devrait-il en aller différemment pour le contrat société et pourquoi faudrait-il imposer aux seuls associés de défendre un intérêt qui n'est pas le leur et des valeurs qu'il revient à la loi de garantir ?* »

²⁸³ Ernst & Young, « Study on directors' duties and sustainable corporate governance - Final report », juillet 2020

²⁸⁴ ROE M. J., SPAMANN H., FRIED J. M., WANG C. C. Y., RAMSEYER J. M., FERRELL A., KRAAKMAN R., BEBCHUK L. A., CLARK R. C., « *Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's "Study on directors' duties and sustainable corporate governance" - Response to the European Commission's call for feedback on its Sustainable Corporate Governance initiative* », 8 octobre 2020

²⁸⁵ *ibid.*, p. 1 : « *The Report conflates time-horizon problems (short-termism)—which are the focus of its evidence collection—with externalities and distributional concerns.* »

confusion découlerait du fait que EY a eu recours au mauvais indicateur afin de mesurer l'existence du court-termisme : le rapport se fonde en effet sur les distributions *brutes* (dividendes et rachats d'actions) en tant que pourcentage du revenu net réalisé par l'entreprise alors qu'il devrait utiliser les distributions *nettes* (en soustrayant le montant des augmentations de capital) qui atténueraient fortement l'idée selon laquelle il existerait un problème de court-termisme²⁸⁶. En effet, comme l'illustrent les universitaires américains, entre 1992 et 2019, les sociétés européennes ont distribué 2,6 trillions d'euros en dividendes et 664 milliards d'euros en rachats d'actions, soit à peu près 60% du revenu total net de ces sociétés (et ce qui fait un total de 3,2 trillions d'euros de distributions aux actionnaires. Mais durant la même période, les sociétés européennes cotées ont émis 2,5 trillions d'euros en *equity*, de sorte que les distributions nettes s'élèvent uniquement à 757 milliards d'euros, soit seulement 14% du revenu total net de ces sociétés. En retenant cette lecture, l'hypothèse d'un véritable problème chronique relatif au court-termisme des entreprises perd fortement de sa vigueur.

En second lieu, les auteurs soulignent que toute l'origine de cette confusion se situerait dans le fait que le rapport ne citerait pas et ne discuterait pas toute la littérature qui contredit l'approche qu'il a choisi d'adopter et présenterait ainsi une vision partielle de la doctrine portant sur le court-termisme. Celle-ci serait en réalité beaucoup plus divisée qu'il ne voudrait le laisser penser ; les universitaires mentionnent notamment des articles dits de grande qualité, publiés dans des revues financières, qui démontreraient que l'activisme actionnarial, décrit comme l'un des principaux facteurs du court-termisme par l'étude de la Commission, serait, en réalité, bénéfique à la productivité, à l'innovation et à l'investissement²⁸⁷. C'est donc toute la méthodologie employée par EY qui est dénoncée en ce qu'elle aurait mené l'étude aux mauvaises conclusions, diamétralement opposées à la réalité.

Non seulement virulentes, ces critiques se sont en plus montrées décisives, la Commission européenne ayant fini par renoncer à la rédaction d'une proposition de directive sur la gouvernance durable des sociétés. En effet, alors qu'à l'origine, était prévue l'élaboration de deux propositions de directives distinctes, l'une sur le devoir de vigilance, l'autre sur la gouvernance durable des entreprises, le législateur européen a finalement décidé de n'en retenir qu'une seule, portant sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, en date du 23 février 2022²⁸⁸. Cet abandon d'un texte propre à la gouvernance durable fait directement suite aux critiques qui avaient été adressées à l'initiative européenne, l'exposé des motifs de la proposition de directive y faisant même allusion de manière sous-entendue : en effet, celui-ci indique que le comité d'examen de la réglementation de la Commission

²⁸⁶ *ibid.*, v. « 2. *Inapposite evidence: The Report's meaningless gross payout and investment measures* »

²⁸⁷ parmi lesquels : BRAV A., JIANG W. & KIM H., *The Real Effects of Hedge Fund Activism: Productivity, Asset Allocation, and Labor Outcomes*, 28 REV. FIN. STUD. 2723, 2753–54 (2015) ; BRAV A., JIANG W. & KIM H., *Recent Advances in Research on Hedge Fund Activism: Value Creation and Identification*, 7 ANN. REV. FIN. ECON. 579, 592-593 (2015) ; BEBCHUK L. A., BRAV A., JIANG W. & KEUSCH Th., *Dancing with Activists*, 137 J. FIN. ECON. 1 (2020) ; GIANNETTI M. & YU X. Yu, *Adapting to Radical Change: The Benefits of Short-Horizon Investors*, MGMT. SCI.

²⁸⁸ Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD)

européenne a, à deux reprises, émis un avis négatif relatif à un projet d'analyse d'impact²⁸⁹ sur la gouvernance d'entreprise durable faisant notamment remarquer que « *l'analyse d'impact n'était pas suffisamment claire quant à la nécessité de réglementer les obligations des administrateurs en plus des obligations de vigilance* »²⁹⁰, reprenant ainsi le coeur des critiques soulevées. Le Professeur Benoît Lecourt, probablement bien informé, fait, quant à lui, allusion à des « *oppositions très vives de certains États membres* » et au « *lobbying émanant d'associations représentant les entreprises* »²⁹¹, ayant contribué au revirement de la Commission.

Cet abandon d'un texte propre à la gouvernance d'entreprise durable s'est accompagné de l'abandon d'un grand nombre de propositions effectuées dans le cadre des différentes étapes de l'initiative. Au final, seules trois propositions ont été conservées²⁹², marquant de manière certaine une ambition considérablement réduite, seules les grandes entreprises²⁹³ étant désormais concernées, alors qu'initialement les mesures envisagées devaient s'appliquer à un plus grand nombre d'entreprises. Ainsi, la question se pose aujourd'hui de savoir si le contenu de la proposition de février 2022 est à la hauteur des ambitions qui avaient initialement conduit la Commission européenne à vouloir réglementer la gouvernance durable des entreprises.

Section 2 : Un risque inopportun de bouleversement du pouvoir sociétaire

La poursuite de la durabilité, qu'elle soit interne comme externe à l'entreprise, n'est pas sans conséquence sur l'équilibre des pouvoirs sociétaires. En effet, alors que le mouvement de *corporate governance*, développé depuis les années 1930 à partir des États-Unis, a historiquement eu pour objet les rapports entre dirigeant et associés, l'idée étant d'éviter que le dirigeant, « agent principal », tenu d'agir pour les intérêts d'autrui, n'agisse en vue de satisfaire d'autres intérêts, l'associé étant alors perçu comme le contre-pouvoir idéal pour s'en assurer, l'on constate que le mouvement, au contact des enjeux de durabilité, a changé de finalité ces dernières années, désormais tourné vers la « *recherche (des)*

²⁸⁹ Deuxième avis négatif le 26 novembre 2021

²⁹⁰ *op. cit.*, p. 25

²⁹¹ LECOURT B., « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Rev. sociétés*, 2022, p. 310

²⁹² Article 15 (Lutte contre le changement climatique) : obligation pour les grandes entreprises d'adopter un plan « *visant à garantir que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C* » ; Article 25 : mise en place d'un devoir de sollicitude des administrateurs quant à la prise en compte des « *conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme* » ; Article 26 : mise en place et supervision du devoir de vigilance par les administrateurs des entreprises visées

²⁹³ Entreprises dépassant à la fois la limite de 500 salariés et celle de 150 000 000 EUR de chiffre d'affaires net à l'échelle mondiale au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été établis;

moyens d'une efficacité optimale du pouvoir »²⁹⁴. Ce changement de finalité, qui trouve sa source principale dans la poursuite de la durabilité, implique une redéfinition des pouvoirs au sein de celle-ci : l'on s'aperçoit que **les dirigeants voient paradoxalement leur risque de responsabilité diminuer (§1)**, tandis qu'en parallèle, **les associés subissent une dilution, voire même une dépossession de leurs pouvoirs au sein de la société (§2)**.

Paragraphe I : Le paradoxe du risque de dé-responsabilisation des dirigeants

La poursuite de la durabilité, tant interne qu'externe, implique une mobilisation intensifiée de la part des dirigeants d'entreprise : chargés de s'assurer de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux liés à l'activité de leur entreprise, tenus à une exigence de vigilance, contraints au respect de règles renforcées de *reporting* et de taxonomie, les dirigeants voient, en effet, les exigences pesant sur eux s'accroître fortement au sortir des différents textes et projets européens et nationaux. Comme l'évoque le Code Middlednext de 2021, les dirigeants vont être tenus de faire s'articuler pérennité de leur entreprise, protection des actionnaires, préservation de l'environnement et leur propre liberté de dirigeant²⁹⁵. Cet accroissement des obligations pesant sur les dirigeants devrait, en principe, se traduire par une limitation de leurs pouvoirs, désormais de plus en plus tournés vers la pérennité de leur entreprise et la protection de son environnement, comme le relève Jean-Baptiste Barbiéri : « *Les dirigeants se verront donc contraints de ne pas adopter de décisions trop téméraires et seront certainement contrôlés davantage dans leur gestion dont la défaillance peut être détectée plus aisément.* »²⁹⁶ Plus encore, l'on peut penser que le renforcement des normes de *reporting* facilitera la surveillance de leur action.

Mais cette première observation n'est toutefois qu'incomplète et omet plusieurs autres réalités conduisant, *in fine*, à une forme - à première vue, paradoxale - de dé-responsabilisation des dirigeants.

La première de ces réalités est la procéduralisation des obligations de durabilité pesant sur le dirigeant et la formalisation de sa prise de décision. On la constate à chaque niveau du projet européen en faveur de la durabilité. En effet, la multiplication des textes européens et des dispositions imposant de nouvelles obligations de gestion durable aux dirigeants emporte implicitement mais nécessairement une présentation de la procédure à suivre afin précisément d'entrer dans le champ d'une telle gestion durable de l'entreprise et respectueuse de son environnement et de l'intérêt de ses parties prenantes. Or, comme le note de nouveau Jean-Baptiste Barbiéri, une telle formalisation « *est souhaitable pour les dirigeants, puisqu'elle confère à leur prise de décision une rationalité procédurale qui rend très difficile leur remise en cause, de même que l'engagement de leur responsabilité.* »²⁹⁷ En effet, comme le relève le même auteur, par le biais de

²⁹⁴ COURET A., « Les commandements de la gouvernance », in URBAIN-PARLÉANI I. et CONAC P.-H. (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 157

²⁹⁵ Code de gouvernement d'entreprise Middlednext, sept. 2021, p. 7

²⁹⁶ BARBIÉRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 105

²⁹⁷ *ibid.*, p. 106-107

ces nouvelles obligations de pluralité et de transparence, etc., « *la bonne gestion est supposée. En introduisant une rationalité organique ou procédurale dans la prise de décision, l'appréciation substantielle de la décision de gestion est niée.* »²⁹⁸ De cette manière, il suffit pour un dirigeant d'affirmer avoir suivi les procédures adéquates pour s'exonérer de toute responsabilité.

La seconde réalité est la multiplicité des intérêts à prendre en compte par le dirigeant. En effet, la fin de la *shareholder primacy* et l'avènement de la *stakeholders theory*, au coeur des différents textes européens, emportent l'obligation pour le dirigeant d'avoir égard, dans le cadre de son action, à toutes les parties prenantes de son entreprise, celles-ci étant entendues de la manière la plus large possible comme toute personne susceptible d'être affectée par les décisions de l'entreprise. Or, comme le rappelle Jean-Baptiste Barbiéri « *Les principales modalités d'engagement de la responsabilité des dirigeants sont du fait des actionnaires, devant lesquels les dirigeants répondent.* »²⁹⁹ Dès lors, l'élargissement de l'action du dirigeant à la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux qui ne se confondent pas avec l'intérêt social ou l'intérêt commun des actionnaires pourrait durcir les possibilités pour ces derniers d'engager la responsabilité des dirigeants. En effet, ceux-ci pourraient chercher à éviter l'engagement de leur responsabilité à l'égard d'un actionnaire agissant *ut singuli* ou *ut universi* en invoquant avoir agi en poursuivant la promotion d'enjeux sociaux et environnementaux. Le Professeur Alain Couret résume parfaitement la problématique en énonçant que « *l'élargissement de l'objet social, la raison d'être, la société à mission, tous ces éléments apparemment contraignants et a priori propres à accroître le risque sont aussi de nature à conférer une plus grande latitude managériale : le dirigeant pourra plus facilement justifier certains choix au regard d'objectifs sociétaux ou environnementaux alors même que la performance économique de la société fera l'objet de discussions.* »³⁰⁰

Paragraphe II : Le constat d'une dépossession des actionnaires

Si les dirigeants d'entreprise semblent pouvoir profiter de cette double dé-responsabilisation, l'on constate, en contrepartie, une forme de dépossession des associés, l'intégration de la durabilité dans l'entreprise y emportant ainsi une véritable redistribution des pouvoirs.

En effet, le changement de finalité de la *corporate governance*, orientée désormais vers la recherche d'une efficacité du pouvoir sociétaire, a emporté une mise en retrait de la question du contrôle de l'action des dirigeants par les associés. De plus, la remise en cause de la *shareholder primacy* et la redéfinition consécutive du pouvoir des dirigeants, appelés dorénavant à prendre en compte des intérêts multiples en application des préceptes de la *stakeholders theory*, conduit à une dilution de l'intérêt des associés au sein de la multitude d'intérêts des différentes parties prenantes que connaît l'entreprise.

²⁹⁸ BARBIÉRI J.-B., *L'ordre sociétaire*, thèse, L.G.D.J., 2021, p. 415

²⁹⁹ *ibid.*, p. 416

³⁰⁰ COURET A., « Propos introductifs », in *La loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 : le nouveau visage du droit des sociétés*, Colloque Paris Descartes, 2019, Rev. sociétés 2019, p. 565, cité par BARBIÉRI J.-B., *op. cit.*, p. 417

Plus encore, si le phénomène de court-termisme mis en lumière dans la gouvernance des entreprise se trouve à la racine des différentes réformes du droit des sociétés engagées au niveau européen et national, les études et rapports, qui l'ont mis à jour, ont identifié comme étant l'une de ses causes principales la pression exercée par des actionnaires toujours plus avides de bénéfices : c'est ainsi que le rapport Notat-Senard, à l'origine de la loi PACTE en France, et que l'étude EY, au niveau européen, ont tous deux relevé que c'est essentiellement parce qu'ils y étaient incités par des actionnaires déconnectés de la vie de la société et à la vision purement court-termiste que les dirigeants ont été amenés à prendre des décisions visant à dégager des bénéfices importants, quand bien même ces mesures contrarieraient la viabilité de leur entreprise.

Dès lors, face à ce constat et à la nouvelle nécessité d'une gestion efficace et durable de l'entreprise par son dirigeant, les actionnaires - court-termistes, du moins - risquent désormais, si nécessaire, d'être mis au ban du fonctionnement de la société, celle-ci connaissant ainsi un redéploiement des pouvoirs en son sein. « *Accusés d'être des freins à l'objectif de pérennité de leur entreprise et se (retrouvant) en concurrence toujours plus accrue avec les autres parties prenantes* »³⁰¹, les actionnaires court-termistes se retrouvent ainsi dépossédés du pouvoir dont ils disposaient de manière incontestée auparavant.

Mais ce rééquilibrage des pouvoirs au bénéfice des dirigeants et des parties prenantes et au détriment des associés, mérite toutefois une certaine atténuation. En effet, la vision court-termiste ne doit pas être généralisée à tous les associés de l'entreprise, certains arborant, au contraire, une vue long-termiste, l'associé de long terme pouvant être défini comme « *celui qui ne cherche pas systématiquement une plus-value, mais qui s'intéresse à l'activité de l'entreprise sur une durée correspondant à un cycle d'exploitation allant de deux à cinq ans, selon le domaine d'activité* »³⁰². En ce sens, il est bon de rappeler que l'associé est non seulement susceptible, comme toute autre partie prenante, de contribuer à la durabilité de son entreprise, mais que sa position d'associé lui accorde même une position privilégiée pour ce faire. En effet, comme le rappelle le Professeur Viviane de Beaufort³⁰³, l'engagement actionnarial³⁰⁴, développé depuis les années 1930 aux États-Unis et connaissant un développement tardif en Europe depuis les années 2010, notamment suite à l'adoption de la Directive Droit des actionnaires du 17 mai 2017, peut tout à fait oeuvrer en faveur d'une « gouvernance pérenne » de l'entreprise concernée. Bénéficiant d'un cadre légal particulièrement favorable aujourd'hui, cet engagement a à sa disposition une panoplie d'instruments permettant d'orienter l'entreprise vers le long terme : convocation d'une assemblée,

³⁰¹ BARBIÈRI J.-B., « *La Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 106

³⁰² Définition de l'Institut français de gouvernement des entreprises, *Le rôle et la responsabilité de l'actionnaire de long terme*, mai 2015, rapporté par LECOURT B., « *Les sociétés commerciales et la culture du long-termisme* » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, L.G.D.J., 2021, p. 535

³⁰³ DE BEAUFORT V., « *L'engagement actionnarial en France, vecteur de gouvernance pérenne ?* », *Rev. sociétés*, 2019, p. 375

³⁰⁴ Expression qu'elle préfère au terme connoté d'« activisme »

demande d'expertise de gestion, menaces de procès, le principal mode d'activisme apparaissant toutefois comme étant le questionnement (oral ou écrit) des dirigeants lors des assemblées générales, celui-ci portant, en effet, de plus en plus sur des questions de RSE, témoignant ainsi d'une « *montée progressive d'un activisme actionnarial sociétal* »³⁰⁵. En effet, comme le relève Viviane de Beaufort, « *Aujourd'hui aux Etats-Unis, un quart des questions orales posées par les actionnaires lors des assemblées portent sur les thématiques environnementales et sociales. En France, (...) les questions sur ces thématiques sont récentes, mais de plus en plus interpellantes : « pourquoi n'êtes-vous pas partenaire de la COP 21 ? » (AG Société Générale), « Comptez-vous retirer votre soutien aux entreprises qui réalisent des projets dans les énergies fossiles ? Envisagez-vous d'arrêter de financer ce type d'énergie ? » (AG BNP Paribas). Pour quelles raisons ne fondez-vous pas l'intégralité de la rémunération sur des critères de développement durable (AG Kering 2018) ? La RSE s'impose, enfin, comme l'un des thèmes importants portés par les activistes, plus exactement certains activistes qui s'expriment surtout sur le réchauffement climatique et les enjeux de mixité.* »³⁰⁶ Ces questions pourraient paraître bien dérisoires au vu du pouvoir des dirigeants à faire passer des résolutions, mais il convient de ne pas sous-estimer l'impact d'une question soignée forçant le dirigeant à répondre et à prendre des engagements, et ce, notamment dans un contexte où la recherche d'une réputation positive est primordiale aux dirigeants.

Il apparaît, ce faisant, opportun de ne pas grossir les traits ou faire de généralités à propos des actionnaires, ceux-ci n'étant pas tous court-termistes et oeuvrant, au contraire, à une gouvernance durable de leur entreprise. En ce sens, la promotion par l'UE depuis 2017 de « l'engagement à long terme des actionnaires »³⁰⁷ dans les sociétés cotées imposant à ceux-ci d'être guidés par une logique de long terme et non plus uniquement de profit, nous paraît aller dans le bon sens.

Chapitre 2 : Une démarche à améliorer

Face aux nombreuses critiques suscitées par la transposition normative de la durabilité, une amélioration de la démarche apparaît nécessaire. Placée au coeur de cette dernière, l'exigence de transparence de l'entreprise en matière de durabilité, exprimée notamment à travers les obligations de *reporting* extra-financier, révèle une **forme d'insuffisance relative au vu de la situation environnementale actuelle** (Section 1), appelant dès lors à envisager des **alternatives**, du moins des **mesures complémentaires**, aux fins de répondre à l'urgence (Section 2).

Section 1 : L'insuffisance relative de la transparence en matière de durabilité

Considérablement étendue et renforcée dans le cadre de la proposition CSRD, l'exigence de transparence à laquelle sont soumises les entreprises, notamment par leurs obligations de *reporting* extra-

³⁰⁵ *ibid.*

³⁰⁶ *ibid.*

³⁰⁷ Directive 2017/828 du 17 mai 2017

financier, constitue aujourd'hui l'un des principaux outils maniés par le législateur européen aux fins d'imposer la durabilité aux entreprises, et ce, d'autant plus, du fait de l'échec relatif de ce dernier à imposer des normes de comportement aux dirigeants d'entreprise et l'abandon d'un projet de directive propre à la gouvernance durable. Or, si l'obligation d'information présente, à coup sûr, des vertus qu'il convient de ne pas négliger (§1), les nombreux défauts qui la caractérisent interrogent, cependant, quant à son caractère suffisant pour répondre aux enjeux sociaux et environnementaux actuels (§2).

Paragraphe I : De l'utilité de principe de la transparence en matière de durabilité

L'objectif final des exigences de transparence imposées aux entreprises est tout à fait louable : il s'agit, *in fine*, de réaliser la transition écologique en réallouant les capitaux des investisseurs sur les activités les plus durables des entreprises, la méthode la plus efficace pour ce faire aux yeux du législateur européen étant d'obliger les entreprises et les différents acteurs des marchés financiers d'être transparents quant à leur prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux et quant à la qualité durable de leurs activités, dans l'espoir que ces informations influent sur les prises de décision des investisseurs.

Or, sous cette pression du regard extérieur, en particulier des investisseurs, l'entreprise se voit effectivement contrainte d'adapter son comportement aux attentes de ces derniers, celles-ci étant, en l'occurrence, de plus en plus portées vers le respect des enjeux de durabilité. En ce sens, les obligations de *reporting* et de taxonomie mises à la charge des entreprises se montrent non seulement indispensables pour assurer la transparence quant au respect des questions de développement durable par ces dernières, mais se révèlent également utiles afin d'oeuvrer à la transformation *interne* des comportements des entreprises et de leurs dirigeants. Cette portée des exigences de transparence a été relevée dès 2002 par le Professeur Jaap Winter dans son rapport remis à la Commission européenne³⁰⁸, dans lequel il a théorisé qu'une obligation d'information peut permettre, au-delà de son effet informatif, de réaliser la transformation des comportements des entreprises et de leurs dirigeants à travers un effet dit « normatif » découlant de la pression, notamment en termes de réputation, qui est exercée sur l'entreprise du fait de ces exigences qui la mettent « à nu ». La même observation a été faite par d'autres auteurs, notamment le Professeur Irina Parachkévova-Racine qui rappelle que si, d'un point de vue strictement juridique, les conséquences d'un *reporting* défaillant sont relativement faibles en termes notamment de responsabilité, la « normativité » de ce *reporting* existe bien et est plus originale : « *À travers sa politique de RSE, la grande entreprise reconquiert une légitimité perdue auprès de l'opinion publique. Les effets normatifs les plus redoutables du reporting sont alors préventifs et puisent dans la simple crainte d'une action en justice, aux conséquences réputationnelles désastreuses (name and shame).* »³⁰⁹

³⁰⁸ Rapport Jaap Winter, « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », 2002

³⁰⁹ PARACHKÉVOVA-RACINE I., « D'un *reporting* à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, p. 585

De ce fait, passer par des obligations d'information, plus souples que de véritables prescriptions de comportement mais pas inefficaces pour autant, apparaît, à première vue, comme un objectif louable en lui-même.

Paragraphe II : De l'insuffisance de la transparence face à l'urgence climatique

Il importe toutefois de dépasser cette première vue. En effet, si imposer aux entreprises une transparence en matière de durabilité apparaît comme évidemment nécessaire en ce qu'elle apporte, comme indiqué, une pierre indispensable à l'édifice de la transformation des sociétés, il peut toutefois être argué que ce procédé, relativement peu contraignant d'un point de vue strictement juridique pour les entreprises concernées, se révèle insuffisant au vu de l'urgence climatique actuelle. Dès 2007, un article particulièrement critique de deux chercheurs anglais³¹⁰, se focalisant sur les obligations de *reporting* des entreprises, concluait que les rapports publiés par les entreprises présentaient une qualité « presque universellement sans intérêt »³¹¹.

Parmi les critiques menant les auteurs à ce constat, l'article relève notamment le risque de *greenwashing*³¹², les entreprises se servant de leurs obligations de *reporting* pour développer une forme de publicité trompeuse à l'égard du public s'agissant du respect par elles des questions de durabilité, leur permettant ainsi de poursuivre leur activité non durable et gonfler leurs marges. Il s'agit en fait d'un risque d'instrumentalisation du *reporting* à des fins purement commerciales. Au-delà de l'hypothèse, grossière, de la diffusion d'une information fautive ou mensongère, les entreprises assujetties au *reporting* sont, en effet, tout à fait susceptibles de publier des informations uniquement partielles, de ne pas tout révéler, et de ne sélectionner que les informations avantageant leur image auprès du public. Certains auteurs ont ainsi noté qu' « en matière de *reporting* social et environnemental [...] les entreprises ne publient jamais d'informations préjudiciables à leur encontre ; en dépit des obligations légales en la matière, les organisations ne peuvent rendre transparent que ce qu'elles souhaitent révéler »³¹³. C'est, au fond, le reproche d'une durabilité « poudre aux yeux » qui peut par conséquent être fait ici. Nul doute que l'absence (au niveau européen) d'obligation de contrôle par un auditeur indépendant de la qualité des informations extra-financières diffusées a contribué au développement de cette faille. Il convient toutefois de relever que la proposition CSRD prévoit désormais un tel contrôle obligatoire et est donc de nature à atténuer ce risque.

³¹⁰ GRAY R. et BEBBINGTON J., « Corporate sustainability : Accountability and the Pursuit of the Impossible Dream », in S. Dietz et E. Neumayer (dir.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, 2007, Ch. 23

³¹¹ *ibid.*, p. 386

³¹² Parfois traduit par « éco-blanchiment » ; contraction des termes green (vert) et whitewash (blanchir), désignant ainsi « le verdissement de l'entreprise, ses produits et/ou ses pratiques, la dissimulation d'une vérité peu positive dans une enveloppe de vert » (MARTIN-CHENUT K. et TRICOT J., *op. cit.*, p. 369)

³¹³ GARRIC N., LÉGLISE I., POINT S., « Le rapport RSE, outil de légitimation ? Le cas Total à la lumière d'une analyse de discours », *Revue de l'Organisation Responsable*, n°2, 2006, p. 5-19, cité par MARTIN-CHENUT K. et TRICOT J., *op. cit.*, p. 366

Ce défaut découle en réalité de la nature-même du *reporting*, et qui constitue en même temps sa faiblesse, à savoir qu'il ne s'agit que d'une simple obligation de dire et non pas de faire. En effet, l'obligation de transparence attachée au *reporting* n'emporte aucune obligation pour les entreprises concernées de modifier leur comportement en y intégrant une éthique en matière sociale, environnementale ou de gouvernance. Elle ne fait que leur imposer la diffusion de certaines informations, « *la seule contrainte (relevant) de la collecte de ces informations et de leur insertion dans le rapport de gestion* », comme le rappelle Virginie Mercier³¹⁴. Certes, comme rappelé plus haut, la transparence a un effet « normatif », mais ne se révèle-t-il pas insuffisant au vu de l'urgence climatique ? Afin de réellement faire évoluer le comportement des dirigeants, ne semblerait-il pas plus opportun et plus efficace de leur imposer de véritables prescriptions de comportement ? Il nous semble que ce soit le cas, et ce, d'autant plus que les études réalisées auprès des entreprises démontrent qu'en pratique, si le *reporting* est, certes, de plus en plus complet, il demeure encore très peu consulté : d'après une étude publiée en 2020, 2/3 des entreprises consultées ne connaissent pas l'audience de leur publication RSE et lorsqu'elles la connaissent, seules 1/3 la juge satisfaisante³¹⁵.

Sur un plan plus technique, la multiplication des textes européens et nationaux imposant aux entreprises une obligation de transparence s'est accompagnée d'une particulière complexité pour les entités y assujetties. En effet, si l'on combine les textes nationaux et les textes européens adoptés et en préparation, les entreprises françaises sont soumises à une grande multitude d'exigences de transparence, souvent particulièrement détaillées et descriptives et donc fortement complexes à mettre en oeuvre. L'on peut citer notamment l'article L. 225-105 du code de commerce qui présente une liste d'une impressionnante longueur de l'ensemble des indicateurs devant être intégrés dans la déclaration de performance extra-financière, ou encore la réglementation *Taxonomy* qui prévoit, par un jeu de renvois compliqué³¹⁶, les informations devant être publiées par les entreprises pour révéler la part de leur activité qui est durable. Consciente de la complexité de cette dernière réglementation, la Commission européenne a voulu aider les entreprises à sa compréhension à travers la *Taxonomy compass*, qui prend la forme d'un tableau Excel censé « *faciliter la revue des activités éligibles* »³¹⁷ (pour l'instant qu'en matière environnementale), mais il ne paraît, en réalité, qu'ajouter à la complexité.

Section 2 : L'élaboration d'alternatives et de mesures complémentaires

³¹⁴ MERCIER V., « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. sociétés*, 2011, n°4, étude 6

³¹⁵ Étude du cabinet Tennaxia analysant les pratiques des entreprises françaises en matière de *reporting* extra-financier, *Les entreprises françaises face au défi du reporting extra-financier. Pratiques de reporting et rapports RSE*, sept. 2020, p. 29

³¹⁶ Art. 8 du règlement *Taxonomy* renvoyant à l'article 2, alinéa 1er, du règlement délégué 2021/2078 du 6 juillet 2021 qui renvoie lui-même à son annexe I.

³¹⁷ Deloitte, *La Taxonomie verte européenne. Comment les entreprises non financières peuvent s'y préparer ?*, 9 juillet 2021, p. 9

L'étude de la traduction normative du concept de durabilité dévoile, comme nous l'avons vu, une place de choix accordée aux obligations de transparence, que ce soit sous forme de *reporting* extra-financier ou d'exigence de taxonomie. Dotés d'une portée qu'il convient évidemment de ne pas négliger et que nous avons pris soin de rappeler, les insuffisances qui les caractérisent nous conduisent toutefois à la recherche d'alternatives, du moins, de dispositifs qui leur soient complémentaires. C'est en ce sens qu'a été proposée une **réforme du droit comptable intégrant dans la comptabilité des entreprises les enjeux sociaux et environnementaux (§1)**. Au-delà, l'urgence climatique nous amènera à espérer plus d'**audace** de la part des législateurs (§2).

Paragraphe I : Une intégration par les entreprises des enjeux de durabilité en droit comptable ?

Face aux nombreuses lacunes qui caractérisent les règles de *reporting* extra-financier, a été avancée l'idée d'une réforme du droit comptable dans le but de mieux intégrer les enjeux de durabilité au sein de l'entreprise.

Une telle réforme du droit comptable se traduisant par l'intégration en son sein des problématiques sociales et environnementales n'est pas nouvelle et a été proposée dès les années 1950 aux États-Unis comme une forme de modération de l'approche purement financière de la matière qui prédominait jusqu'alors. Marquées par l'avènement au niveau mondial des questions relatives au développement durable, les années 1970 voient se publier les premières études relatives à une comptabilité environnementale qui prendrait en compte les rapports entretenus par l'entreprise avec son environnement.

Ces dernières années, de nouveaux travaux ont été publiés à ce sujet, témoignant ainsi de l'actualité de la question. Parmi ceux-ci, la thèse³¹⁸ et un article subséquent³¹⁹ de Jennifer Bardy doivent être relevés. Sa proposition repose sur le constat du caractère transversal de la comptabilité, « *langage commun à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique* »³²⁰ ou leur secteur d'activité, permettant ainsi de dépasser les distinctions opérées par le législateur, notamment dans la loi PACTE, qui a agi exclusivement sur les sociétés, laissant de côté d'autres formes d'entreprises. Dotée d'une « *capacité intégrative* »³²¹, la comptabilité apparaît toutefois aujourd'hui en inadéquation face aux enjeux de la durabilité, accusant un retard du fait de sa substance « *exclusivement financière* » qui ne prend en compte « *que la dimension financière des informations traduites au sein des comptes de l'entreprise* »³²², laissant de côté la dimension extra-financière et limitant de ce fait sa capacité à saisir et rendre compte des incidences de

³¹⁸ BARDY J., *Le passif environnemental de l'entreprise*, thèse, L.G.D.J., 2020

³¹⁹ BARDY J., « La gouvernance d'entreprise soutenable : quels enjeux comptables ? », *RIDE*, 2021/2, t. 35, p. 207 et s.

³²⁰ *ibid.*, p. 209

³²¹ *ibid.*, p. 210 : « le droit comptable permet de dépasser les particularismes propres à chaque branche du droit et offre un espace au sein duquel celles-ci vont pouvoir communiquer. Nous désignons cette faculté par l'expression « *capacité intégrative* » »

³²² *ibid.*, p. 212

l'entreprise sur son environnement. Comme le note Jennifer Bardy, « les consommations de ressources nécessaires au processus de production ne sont pas comptabilisées, sauf à influencer directement le capital financier de l'entreprise. Il ne peut dès lors être soutenu sérieusement que l'entreprise intègre comptablement les attentes pesant sur elle dans le champ environnemental (le constat est d'ailleurs identique dans le champ social). »³²³ En découle alors la nécessité de réformer le droit comptable dans le sens d'une meilleure prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux.

Or, constatant la mise en place, prévue par la proposition CSRD, d'une « double-matérialité » au niveau des exigences de *reporting* extra-financier (à la suite notamment des recommandations exprimées en ce sens par le rapport élaboré par Patrick de Cambourg³²⁴) transformant la déclaration de performance extra-financière en véritable déclaration de performance intégrée (DPI) connectant les informations financières aux « informations en matière de durabilité » et obligeant concrètement les entreprises à non seulement rendre compte de l'incidence des enjeux de durabilité sur leurs résultats financiers (dimension financière ou interne) mais également de l'incidence de leurs propres activités sur leur environnement (dimension environnementale et sociale ou externe)³²⁵, Jennifer Bardy formule la proposition de « pousser la logique de réforme à son paroxysme »³²⁶ en étendant le principe de « double matérialité » aux comptes de l'entreprise. Concrètement, l'idée serait, sur la base du modèle CARE (*Comprehensive Accounting in Respect of Ecology*), d'ajouter au capital financier, qui, à l'heure actuelle, est le seul capital retranscrit dans les comptes de l'entreprise, un capital naturel et humain favorisant ainsi une « lecture des comptes qui ne soit plus seulement financière mais aussi environnementale et humaine. »³²⁷

Paragraphe II : Une urgence qui requiert de l'audace

Si une telle réforme du droit comptable, en favorisant l'intégration dans la comptabilité des entreprises de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux, apparaît évidemment souhaitable, en ce qu'elle apporte certainement sa pierre à l'édifice de la durabilité, nous parvenons toutefois au même constat que celui que nous avons formulé à propos des exigences de transparence.

En effet, au vu de l'urgence climatique dans laquelle nous nous situons, la question peut légitimement se poser de savoir si agir au niveau de la comptabilité, et, au-delà, au niveau de l'obligation de rendre compte, constitue l'approche adéquate. La situation actuelle n'exige-t-elle pas plus d'audace ?

³²³ *ibid.*, p. 212-213

³²⁴ Rapport Patrick de Cambourg, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable*, mai 2019, pp. 205-206 : « L'information extra-financière est, à certains égards, émergente. Elle vient compléter l'information financière dont le statut et les conditions d'élaboration et de communication sont bien établies. La mission considère que l'information de l'entreprise est un tout cohérent et qu'il est essentiel de produire et présenter l'information extra-financière en étroite connexion avec l'information financière. »

³²⁵ Commission européenne, Proposition CSRD, *op. cit.*, p. 1.

³²⁶ BARDY J., *op. cit.*, p. 216

³²⁷ *ibid.*, p. 217

Ne conviendrait-il pas de durcir davantage les règles s'imposant aux entreprises en imposant à leurs dirigeants de véritables prescriptions de comportement ? La question mérite certainement d'être posée. Un renforcement précis et sans concession des devoirs des dirigeants aurait en tous les cas le mérite d'aller au bout de la logique, suivie jusqu'à aujourd'hui par les législateurs français et européen, faisant de l'entreprise un acteur à part entière des transformations souhaitées de la société.

À l'inverse, l'audace pourrait également se retrouver dans une remise en question de la voie choisie par les législateurs européen et national. En effet, au vu des nombreuses critiques exprimées à l'égard des différentes initiatives que nous venons d'étudier, le législateur européen ne pourrait-il pas, au contraire, estimer qu'agir au niveau des entreprises n'est peut-être pas la meilleure solution, ou en tout cas pas la seule solution permettant de répondre au défi climatique actuel ? Cela nous ramène au débat relatif à l'abandon de l'État vis-à-vis de certaines grandes questions de société, dont la lutte contre le réchauffement climatique et la protection sociale font assurément partie, et à la délégation qui en est faite auprès des entreprises, pourtant simples acteurs privés³²⁸. D'autant plus que, comme le rappelle certains auteurs, ces réformes emportent progressivement une transformation radicale du droit des sociétés, celui-ci devenant de plus en plus « un droit sanctionnateur du comportement des entreprises »³²⁹. Or, oeuvrer en faveur du développement durable nécessite-t-il un tel bouleversement juridique ?

Une idée alternative pourrait alors être d'atténuer la régulation des entreprises en vue d'instaurer la durabilité, en accordant à celles-ci une plus grande marge de manoeuvre et une plus grande confiance dans leur prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Un article remarquable de 2013 du Professeur Pascale Deumier avait précisément mis en avant la portée non négligeable des engagements privés pris par les entreprises à travers leurs chartes et codes de conduite³³⁰. En effet, si, à première vue, la portée de ces engagements semble pouvoir être atténuée, le constat étant, en effet, que « *soit les engagements portés par les codes de conduite ne portent rien, soit ils ne portent rien de plus que la loi et ne modifient donc en rien la sanction qui est celle de la loi, soit ils prétendent dépasser la loi et ils sont soumis au respect de la loi* »³³¹, il convient toutefois de ne pas apprécier ces engagements comme une forme de *soft law* à laquelle l'on chercherait à donner les attributs de la *hard law*, mais « *comme un phénomène inverse, celui d'un droit dur délaissant les voies habituelles de la contrainte pour s'appuyer sur de nouveaux ressorts, incitatifs et effectifs* »³³². Or, en

³²⁸ pour rappel : FRISON-ROCHE M.-A., in BORGA N., MARIN J.-C. et RODA J.-C. (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 23 : « par cynisme, ou par réalisme, ou par pragmatisme, les États ont émis un "dont acte" définitif à leur impuissance à atteindre des buts, comme la lutte efficace contre la corruption, le trafic d'armes ou le terrorisme. [...] les autorités publiques ont donc imposé à toutes les entreprises qui sont en position de puissance l'obligation d'atteindre des buts de sécurité au bénéfice du groupe social dont l'État est chargé »

³²⁹ BARBIÈRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 98

³³⁰ DEUMIER P., « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, 2013, p. 1564

³³¹ *ibid.*

³³² *ibid.*

obtenant de manière certaine l'adhésion de l'entreprise en question, les codes de conduite, chartes et autres déclarations d'intention atteindraient une grande effectivité au sein de l'entité, assurant de la sorte une forme de « *conscientisation du droit* », en particulier lorsqu'ils ne font que mettre en avant le simple respect d'exigences légales. L'avantage de ces initiatives privées se situe donc aussi dans une forme de pédagogie, notamment auprès des salariés de l'entreprise concernée.

Conclusion du Chapitre :

Ainsi, en tant que démarche à améliorer, la transposition normative de la durabilité révèle ses plus grandes faiblesses au niveau de ses exigences de transparence, certes non négligeables, mais particulièrement insuffisantes au vu de l'ampleur des défis auxquels nos sociétés font face aujourd'hui. Ce constat appelle des mesures complémentaires qui pourraient prendre la forme d'une réforme du droit comptable, voire des alternatives sous la forme d'une remise en question de la voie régulatrice et sanctionnatrice du comportement des entreprises, empruntée ces dernières années par les législateurs européen et national.

Conclusion du Titre :

Quoiqu'il en soit, l'existence-même de ces discussions témoigne de la difficulté bien réelle à transposer normativement la durabilité : transformation du rôle de l'entreprise critiquée et fortement vue à la baisse du fait de l'abandon d'un projet de directive propre à la gouvernance durable des entreprises, dénonciation d'un risque inopportun de bouleversement des équilibres sociétaux, insuffisance des exigences de transparence, pourtant placées au coeur du dispositif européen, absence de consensus quant à d'éventuelles alternatives ; tous ces éléments vont dans le sens d'une particulière difficulté à traduire juridiquement le concept de durabilité. Il ne faut toutefois pas s'en étonner, au vu de l'importance cruciale des enjeux qui y sont attachés. En effet, les questions environnementales et sociales ne laissent personne indifférent.

Conclusion de la Partie :

Ainsi, si la durabilité a vu sa transposition en norme juridique sensiblement se développer ces dernières années, les méthodes choisies par le législateur européen sont loin d'avoir fait l'unanimité, de sorte que certaines améliorations sont à envisager.

Conclusion

En réponse à la question initiale, cet examen nous a permis de mettre en évidence l'existence d'une incertitude quant à la consistance de la durabilité en qualité de concept juridique. Cette incertitude, basée à la fois sur l'absence d'unanimité quant à la terminologie choisie par le législateur européen et sur l'absence de définition du contenu de la notion, ne permet toutefois pas d'écarter complètement la possibilité que la durabilité soit un concept. En effet, il nous semble tout à fait envisageable de retenir la durabilité en tant que concept juridique à contenu indéterminé, comme il en existe de nombreux autres, par ailleurs. Pareille catégorisation nous apparaît même particulièrement opportune s'agissant de la durabilité, puisque la souplesse qui caractérise les concepts indéfinis lui donnerait la possibilité d'appréhender les différents nouveaux enjeux liés au développement durable qui viendraient à prendre forme.

Dès lors, si l'on retient une telle approche, force est de constater que la durabilité englobe deux sens à la fois : un sens *externe*, renvoyant au respect par l'entreprise des questions liées au développement durable, un sens *interne*, renvoyant à l'exigence pour l'entreprise de se montrer elle-même durable dans son fonctionnement. Deux sens renvoyant à deux concepts différents, la durabilité étant alors polysémique ? Ou simplement deux façons nuancées d'utiliser un même concept de durabilité ? Il nous a paru exagéré de retenir la première approche, la seconde nous paraissant plus légitime.

Concept ou pas, la durabilité a, dans tous les cas, fait l'objet d'une transposition juridique importante ces dernières années, sa qualité de *norme* ne pouvant dès lors certainement pas lui être contestée. Cette traduction normative a conjugué à la fois durabilité externe et interne, montrant ainsi que les deux aspects de la durabilité sont considérés comme étant d'une importance équivalente afin de parvenir à la transformation souhaitée de la société.

Or, précisément, cet objectif de transformation de la société vers un objectif plus vertueux par le recours à l'entreprise a suscité un grand nombre de critiques. Celles-ci, particulièrement nombreuses, ont conduit à s'interroger quant à la légitimité des interventions du législateur européen en droit des sociétés. En effet, au-delà des critiques, d'ordre technique, qu'il est possible de formuler à l'égard des différents choix effectués par ce dernier, c'est bien la finalité-même de son intervention qui est fréquemment dénoncée aujourd'hui.

Face à ce débat, qui, au fond, est un vrai débat de société et de politique juridique, nous considérons que si certaines des réticences exprimées en pratique et en doctrine peuvent être entendues et paraissent effectivement légitimes, l'urgence climatique actuelle appelle à une réaction juridique adaptée à l'ampleur du danger. De la sorte, nous nous désolons notamment de l'abandon relatif de l'initiative en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable qui nous paraissait aller dans un sens opportun : en effet, si la transparence, aux vertus incontestables, doit évidemment être encouragée, elle ne peut plus suffire aujourd'hui si l'on entend véritablement faire des entreprises des acteurs de la durabilité. Il nous semble nécessaire d'agir de manière plus rigoureuse à travers de véritables prescriptions de comportement imposées aux dirigeants d'entreprise.

Bibliographie

I. Manuels, traités et dictionnaires

- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, 2012
- CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34e éd., 2021
- ELKINGTON J., *Cannibals with forks : the triple bottom line of 21st century business*, New Society Publishers, 1998
- GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, T. I, 1914
- MALECKI C., *Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, L.G.D.J., 2014
- NEUVILLE S., *Philosophie du droit*, 2e éd., L.G.D.J., 2021

II. Thèses

- BARBIÈRI J.-B., *L'ordre sociétaire*, thèse, L.G.D.J., 2021
- BARDY J., *Le passif environnemental de l'entreprise*, thèse, L.G.D.J., 2020
- SCHMIT L.-M., *Les définitions en droit privé*, thèse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017

III. Ouvrages collectifs

- LE DOLLEY E. (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, L.G.D.J., 2010
- URBAIN-PARLÉANI I. et CONAC P.-H. (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018

IV. Articles généraux

- BARBIÈRI J.-B., « La *Corporate sustainability* », *RDA*, nov. 2021, p. 97
- BARDY J., « La gouvernance d'entreprise soutenable : quels enjeux comptables ? », *RIDE*, 2021/2, t. 35, p. 207 et s.
- BERGEL J.-L., « Le processus des concepts émergents », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, L.G.D.J., 2010, p. 439
- BONNEAU Th., « De l'émergence de concepts dans un monde qui change », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, L.G.D.J., 2010, p. 453
- CAFFIN-MOI M., « Rapport *Rocher* : les sociétés françaises au milieu du gué ? », *Gaz. Pal.*, 2022, n°9, p. 45

- CLERC C., KLEIN J., PARANCE B., « Entretien sur la gouvernance durable », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, sept. 2021, entretien 5
- CONAC P.-H., « Les réponses à la Consultation publique sur la révision de la directive extra-financière révèlent un consensus moins large qu'il n'y paraît », *Rev. sociétés*, 2020, p. 578
- COURET A., « Les commandements de la gouvernance », in URBAIN-PARLÉANI I. et CONAC P.-H. (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018, p. 149
- CUZACQ N., « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. sociétés*, 2015, p. 707
- CUZACQ N., « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev. sociétés*, 2018, p. 347
- DALMAU R., « Proposition de directive sur la communication d'informations non financières », *BJS*, juillet 2021, n°200, p.49
- DE BEAUFORT V., « L'engagement actionnarial en France, vecteur de gouvernance pérenne ? », *Rev. sociétés*, 2019, p. 375
- DEL REY M.-J., « “Développement durable” : l'incontournable hérésie », *D.* 2010, p. 1493
- DEUMIER P., « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, 2013, p. 1564
- EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » in « La logique du droit », *Archives de Philosophie du droit*, T. XI, 1966, p. 25 et s., n°4
- FAMILY R., « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.*, 2013, p. 1558
- GRAY R. et BEBBINGTON J., « Corporate sustainability : Accountability and the Pursuit of the Impossible Dream », in S. Dietz et E. Neumayer (dir.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar Publishing, 2007, Ch. 23
- HÉRAUD B., « Le reporting extra-financier de plus en plus pertinent... mais trop peu consulté », 10 juillet 2018, www.novethic.fr
- LECOURT B., « Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2017, p. 692
- LECOURT B., « Pour une révision de la directive du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations extra-financières », *Rev. sociétés*, 2020, p. 123
- LECOURT B., « Rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : le nouveau régime français est-il conforme aux exigences européennes ? », *Rev. sociétés*, 2020, p. 127
- LECOURT B. « Vers une révision de la directive sur la publication d'informations extra-financières (résultats de la consultation publique) », *Rev. sociétés*, 2020, p. 645
- LECOURT B., « Devoirs des dirigeants et gouvernance à long terme des sociétés : publication d'une étude par la Commission européenne », *Rev. sociétés*, 2020, p. 649
- LECOURT B., « Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés », *Rev. sociétés*, 2021, p. 335
- LECOURT B., « Publication d'informations en matière de durabilité : proposition de directive modifiant les dispositions de la directive RSE », *Rev. sociétés*, 2021, p. 661

- LECOURT B., « Gouvernance d'entreprise durable : publication de la synthèse des réponses à la consultation publique », *Rev. sociétés*, 2021, p. 664
- LECOURT B., « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Rev. sociétés*, 2022, p. 310
- LUCAS F.-X., « L'inopportune réforme du Code civil par la loi *PACTE* », *BJS*, 2018, p. 477
- MALECKI C., « Les sociétés cotées et les nouveaux enjeux de la RSE », in *Les sanctions des sociétés cotées. Quelles spécificités ?, Quelle efficacité ?*, LexisNexis, 2012, p. 369
- MALECKI C., « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *BJS*, 2014, n°12, p. 732
- MENAIS A., « Entretien avec Alexandre Menais », *JCP N*, mai 2021, n°20, p. 24
- MERCIER V., « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. sociétés*, 2011, n°4, étude 6
- MERCIER V., « La transparence renforcée des acteurs des marchés financiers en matière de durabilité », in Dossier : La Finance au service du climat, *BJB*, mars-avril 2021, p. 53
- MERCIER V., *Finance durable*, Joly Bourse Études, 2022
- MORTIER R., ZABALA B. et DE VENDEUIL S., « Droit des sociétés - La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2019, Étude 8
- MOULIN J.-M., « Les entreprises face au défi (enthousiasmant) du risque environnemental », *BJS*, 2021, p. 6
- MULLER A.-C., « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM(2021) 189 final, Règlement délégué de la Commission, C(2021) 4987 final - La normativité accrue du reporting extra-financier des sociétés », *Rev. sociétés*, 2022, p. 58
- NAVARRO J.-L., « Comptabilité - Droit comptable - Chronique » - Information extra-financière, *JCP E*, oct. 2021, 1453
- PARACHKÉVOVA-RACINE I., « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, p. 585
- RAFFIN E., « La mise en jeu de la responsabilité des entreprises à l'ère de l'urgence climatique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, janvier 2022
- ROE M. J., SPAMANN H., FRIED J. M., WANG C. C. Y., RAMSEYER J. M., FERRELL A., KRAAKMAN R., BEBCHUK L. A., CLARK R. C., « *Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's "Study on directors' duties and sustainable corporate governance" - Response to the European Commission's call for feedback on its Sustainable Corporate Governance initiative* », 8 octobre 2020
- ROUSSILLE M. et MERCIER V., « Propos introductifs », in Dossier : La finance au service du climat, *BJB*, mars-avril 2021, n°2, p. 38
- SOURIOUX J.-L., « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTD civ.*, 1999, p. 343
- TRÉBULLE F.-G., « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés (première partie) », *BJS*, 2006, p. 1137
- TRÉBULLE F.-G., « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés (seconde partie) », *BJS*, 2007, p. 7

- TRÉBULLE F.-G., « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur “l’entreprise citoyenne” », *Rev. sociétés*, 2006, p. 41
- URBAIN-PARLÉANI I., « La raison d’être des sociétés dans le projet de loi Pacte du 19 juin 2018 », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 623 et s.

V. Articles de colloques

- AUCOMTE J. et ATTIAS O., « Les questions soulevées par la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l’Université d’Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 27 et s.
- LÉCUYER H., « Rapport de synthèse », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l’Université d’Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 179 et s.
- MARCHAND H., « Devoir de vigilance des sociétés-mères : l’exemple de Nestlé », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l’Université d’Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 49 et s.
- MARTIN-CHENUT K. et TRICOT J., « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », in *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Actes du colloque de l’Université de Strasbourg, dir. MARTIN-CHENUT K. et DE QUENAUDON R., Éditions A. Pedone, 2016, p. 363 et s.
- MERCIER V., « La publication d’informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l’entreprise », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l’Université d’Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 65 et s.
- MERCIER V., « L’obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », in *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Actes du colloque de l’Université de Strasbourg, dir. MARTIN-CHENUT K. et DE QUENAUDON R., Éditions A. Pedone, 2016, p. 261 et s.
- PORACCHIA D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Actes du colloque de l’Université d’Aix-Marseille, dir. BRIGNON B. et GROSSI I., Joly Editions, 2018, p. 13 et s.

VI. Articles de mélanges

- CORNU G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s.
- CUZACQ N., « La RSE sur le frontispice du droit des sociétés, un roi sans couronne ? », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Alain Couret*, Éditions Francis Lefebvre, 2020, p. 187 et s.

- DANIS-FATÔME A., « La définition légale », in *Études offertes à Geneviève Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 274 et s.
- LECOURT B., « Les sociétés commerciales et la culture du long-termisme » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, L.G.D.J., 2021, p. 531 et s.
- LUCAS F.-X. et PORACCHIA D., « La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Couret*, Éditions Francis Lefebvre, 2020, p. 89 et s.
- MAGNIER V. et PACLOT Y., « Le clair-obscur de la loi Pacte, vers un nouveau paradigme de la gouvernance ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Couret*, Éditions Francis Lefebvre, 2020, p. 120 et s.
- OUTIN-ADAM A. et FRANÇOIS S. : « Compétitivité, attractivité, durabilité : les nouveaux défis du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Couret*, Éditions Francis Lefebvre, 2020, p. 139 et s.
- URBAIN-PARLEANI I., « Les sociétés saisies par la vertu ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Parleani*, IRJS Éditions, 2021
- WIEDERKEHR G., « Le droit et le sens des mots », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, L.G.D.J., 2009

VII. Documents de la pratique

- Rapport 2020/2137(INI) à la Commission européenne, « Rapport sur la gouvernance d'entreprise durable » (Pascal Durand), 2 décembre 2021
- Rapport Rocher - « Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte », 19 octobre 2021
- Avis de la Plateforme RSE, « La RSE, un enjeu européen - Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne », octobre 2021
- Deloitte, *La Taxonomie verte européenne. Comment les entreprises non financières peuvent s'y préparer ?*, 9 juillet 2021
- Ernst & Young, « Study on directors' duties and sustainable corporate governance - Final report », juillet 2020
- Étude du cabinet Tennaxia analysant les pratiques des entreprises françaises en matière de *reporting* extra-financier, *Les entreprises françaises face au défi du reporting extra-financier. Pratiques de reporting et rapports RSE*, sept. 2020, p. 29
- Rapport Patrick de Cambourg, « Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable », mai 2019
- Rapport Notat-Senard, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », 9 mars 2018

VIII. Ouvrages et articles non juridiques

- CARNEGIE A., *L'Évangile de la Richesse*, Librairie Fischbacher, 1891 (gallica.bnf.fr), Traduction de : « The Gospel of Wealth », *North American Review*, 1889
- LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J., BONANNI C. et HUDSON S., *La RSE. La responsabilité sociale des entreprises*, Dunod, 2016

IX. Textes de lois

Niveau européen :

- Directive « NFRD » 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 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE
- Directive n°2017/828 du 17 mai 2017 en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, dite directive SRD II, cons. 14
- Règlement *Disclosure* (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019, dit « règlement SFDR » (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*) sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers
- Règlement *Taxonomy* (UE) 2020/852 du 18 juin 2020
- Proposition de directive CSRD modifiant les directives n° 2013/34/UE, n° 2004/109/CE et n° 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, COM (2021) 189 final, 21 avr. 2021
- Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) n° 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23 févr. 2022

Niveau interne :

- Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises
- Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre
- Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
- Article 1833 du Code civil
- Article L. 225-35, al. 1er, du Code de commerce
- Article L. 225-64, al. 1er, du Code de commerce
- Article L. 225-105 du Code de commerce

Table des matières

Avertissement,	2
Principales abréviations,	4
Sommaire,	6
Introduction,	7
Première partie : L'approche conceptuelle de la « durabilité »,	11
Titre 1er : L'existence du concept mise en question,	11
Chapitre 1er : Une terminologie acquise mais ne faisant pas l'unanimité,	11
Section 1 : Une terminologie bien assise dans les textes,	12
Section 2 : Une terminologie contestée en pratique et en doctrine,	14
Chapitre 2 : Une notion de « durabilité » mal définie,	17
Section 1 : L'indétermination de la « durabilité », source d'insécurité pratiques et théoriques,	18
Section 2 : La déterminabilité de la « durabilité », source de concept,	20
Paragraphe I : La durabilité, potentiel concept indéterminé,	20
Paragraphe II : La « durabilité », potentiel concept sur-défini	21
Titre 2 : Une « durabilité » polysémique ?,	23
Chapitre 1er : La durabilité <i>externe</i> : le respect par l'entreprise des enjeux du développement durable,	25
Section 1 : Un respect des exigences de développement durable sanctionné : responsabilité et réputation,	26
Paragraphe I : Les sanctions juridiques classiques,	26
Paragraphe II : La sanction de réputation,	28
Section 2 : Un respect des exigences de développement durable <i>affiché</i> : <i>reporting</i> et labels,	29
Paragraphe I : Un respect publié et évalué par le <i>reporting</i> ,	30
Paragraphe II : Un respect certifié par le recours aux labels,	32
Chapitre 2 : La durabilité <i>interne</i> : l'entreprise appelée à être durable,	34
Section 1 : Une construction graduelle par les sciences économiques et de gestion,	34
Paragraphe I : L'émergence historique de « l'entreprise citoyenne »,	35
Paragraphe II : La consécration récente de l'entreprise « durable »,	37
A. La <i>stakeholders theory</i> : l'entreprise enracinée dans son environnement,	37
B. La triple bottom line : le rôle sociétal de l'entreprise, facteur de sa performance,	39
Section 2 : Une résurgence en droit : l'exigence de pérennité de l'entreprise,	40
Paragraphe I : Identification du mal : le court-termisme des actionnaires et des dirigeants,	41
Paragraphe II : Solution au mal : promouvoir une vision à long terme de l'entreprise,	43
Seconde Partie : Du concept à la norme,	46
Titre 1er : La traduction normative de la durabilité,	46

Chapitre 1er : Une entreprise rendant compte de son intégration des enjeux de durabilité, **46**

Section 1 : Une transparence renforcée par les règles de *reporting* sur la durabilité, **46**

Paragraphe I : Un *reporting* au service de la durabilité externe : le renforcement des informations sur la durabilité *par* les entreprises, **47**

Paragraphe II : Un *reporting* au service de la durabilité interne : l'avènement des informations sur la durabilité *des* entreprises, **50**

Section 2 : Une transparence élargie en vue de la promotion d'une finance durable, **51**

Paragraphe I : Une réglementation imposant la transparence et donc une durabilité externe, **52**

Paragraphe II : Une réglementation affectant le fonctionnement interne des entreprises, **55**

Chapitre 2 : Une entreprise, acteur même de la durabilité, **56**

Section 1 : L'appel à une gouvernance durable des entreprises, **56**

Paragraphe I : Une prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux imposée par la loi PACTE, **57**

Paragraphe II : L'initiative européenne en faveur d'une gouvernance d'entreprise durable, **59**

Section 2 : La demande d'une vigilance accrue des entreprises, **61**

Titre 2 : Les difficultés à transposer normativement la durabilité, **63**

Chapitre 1er : Une démarche critiquée, **64**

Section 1 : Une gouvernance d'entreprise durable remise en cause, **64**

Paragraphe I : Une transformation du rôle de l'entreprise débattue, **64**

Paragraphe II : Un projet européen « mort dans l'oeuf » ?, **67**

Section 2 : Un risque inopportun de bouleversement du pouvoir sociétair, **69**

Paragraphe I : Le paradoxe du risque de dé-responsabilisation des dirigeants, **70**

Paragraphe II : Le constat d'une dépossession des actionnaires, **71**

Chapitre 2 : Une démarche à améliorer, **73**

Section 1 : L'insuffisance relative de la transparence en matière de durabilité, **73**

Paragraphe I : De l'utilité de principe de la transparence en matière de durabilité, **74**

Paragraphe II : De l'insuffisance de la transparence face à l'urgence climatique, **75**

Section 2 : L'élaboration d'alternatives et de mesures complémentaires, **76**

Paragraphe I : Une intégration par les entreprises des enjeux de durabilité en droit comptable ?, **77**

Paragraphe II : Une urgence qui requiert de l'audace, **78**

Conclusion, **81**

Bibliographie **82**

Table des matières, **88**