



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

***RAPPORT
SUR LES DISPOSITIFS DE
TRANSPARENCE
EXTRA-FINANCIÈRE
DES SOCIÉTÉS***

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris*

Juillet 2022



NOTE DE SYNTHÈSE DES RAPPORTS SUR LA TRANSPARENCE EXTRA-FINANCIÈRE

La Chancellerie a demandé, en janvier 2021, au Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP) d'effectuer un état des lieux juridique et pratique des différents dispositifs de signalement, de prévention et de transparence relatifs aux risques extra-financiers des grandes sociétés¹.

Ayant constaté l'accumulation de ces dispositifs pensés séparément, au niveau national comme européen, recourant à des seuils, des définitions, des obligations et des sanctions différents alors même qu'ils poursuivent des objectifs similaires, la Chancellerie s'interrogeait sur la réalité et, le cas échéant, sur l'ampleur des difficultés rencontrées en pratique dans la mise en œuvre et l'utilisation de ces différents dispositifs par les sociétés concernées (coûts administratifs, perte d'efficacité économique), comme par les personnes bénéficiaires de ces dispositifs (manque de lisibilité, difficultés d'utilisation).

La Chancellerie proposait, si le constat de ces difficultés était avéré, d'envisager une rationalisation de tout ou partie de ces dispositifs. Cette rationalisation pourrait selon elle s'inscrire notamment dans le cadre de la transposition de la directive CSRD et nécessiterait de s'appuyer sur un état des lieux juridique et pratique détaillé.

Deux groupes de travail du HCJP ont ainsi été constitués. Un premier groupe, « académique », présidé par France Drummond, Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université Paris-Panthéon Assas, a été chargé de l'état des lieux juridique, tandis qu'un second groupe, présidé par Jean-Baptiste Carpentier, Directeur de la conformité chez Veolia, a eu pour mission d'analyser les difficultés pratiques de mise en œuvre de ces dispositifs (voir composition des groupes en annexe 1).

Les deux groupes ont dressé un état des lieux sévère de la situation actuelle (I), et ont formulé quelques propositions en vue, notamment, de la transposition de la directive CSRD (II).

Le HCJP a validé ces analyses et ces propositions lors de sa réunion plénière du 11 juillet 2022.

¹ Étaient notamment cités à ce titre (i) la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, (ii) la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin II), (iii) les nombreux textes successifs relatifs à la transparence extra-financière des entreprises, ou encore (iv) les nouvelles dispositions de la loi n° 2019/486 du 22 mai 2019 relatives à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux (PACTE).



I. Un état des lieux sévère et des craintes quant à la directive CSRD

L'état des lieux est sévère s'agissant de l'état actuel du droit (1.1). Le groupe « pratique » nourrit des craintes quant à la directive CSRD (1.2).

1.1 - État actuel du droit

Les groupes de travail ont constaté que nombre de textes concernent les risques extra-financiers. Ils ont suivi la méthodologie suggérée par la note de cadrage de la Chancellerie, en étudiant le champ d'application de ces textes (1.1.1), leur contenu (1.1.2), et les mesures et sanctions destinées à assurer leur efficacité (1.1.3).

1.1.1 - Diversité et désordre des champs d'application des dispositifs de prévention des risques extra-financiers

Le premier constat est celui de la diversité et du désordre des champs d'application des différents dispositifs. Ce constat s'impose tout d'abord lorsque **la société est considérée isolément**. En effet, le champ d'application des dispositifs est défini à l'aide de plusieurs critères, alternatifs ou cumulatifs, ce qui rend les textes peu lisibles :

- la taille, déterminée à l'aide de seuils dont le nombre, l'imprécision des modalités de calcul et la diversité des combinaisons sont édifiants ;
- la cotation ;
- l'activité de la société ;
- la forme sociale, qui devrait pourtant être indifférente si le point d'appui rationnel de la réglementation relative à la prévention des risques extra-financiers est la taille de l'entreprise.

Le constat est le même lorsque **la société est considérée au sein d'un groupe**. La prise en compte du groupe s'impose pour éviter qu'une entreprise ne tente d'échapper à ses obligations en créant une structure de groupe, chaque entreprise au sein du groupe restant en deçà des seuils de déclenchement des obligations. Cependant, le groupe est diversement traité :

- les seuils sont parfois identiques, parfois différents, lorsqu'il s'agit de déclencher l'obligation à l'égard d'une société considérée individuellement et d'un groupe ;
- l'exemption des sociétés contrôlées n'est pas la règle ;
- le groupe est défini différemment selon les dispositifs de sorte que son périmètre varie selon la réglementation.



1.1.2 - Redondances et incertitudes juridiques affectent tant le sens que la portée de certaines obligations

Le deuxième constat est celui des redondances et incertitudes qui complexifie la mise en œuvre des dispositifs. Les redondances tiennent à la fois aux objectifs qui sont assignés aux dispositifs extra-financiers et aux méthodes imaginées pour les atteindre. En effet, plusieurs dispositifs poursuivent les mêmes objectifs (environnementaux, sociaux, « *sociétaux* » et de gouvernance). En l'absence de définition commune de chacun de ces objectifs, cette convergence emporte des chevauchements délicats à traiter.

Ce chevauchement ne serait pas une difficulté si les méthodes utilisées étaient différentes et complémentaires. Or, il semble au contraire que les méthodes soient similaires, la plupart des obligations d'information doublonnent les règles d'organisation posées par ailleurs dans la mesure où elles induisent, elles-mêmes, des règles d'organisation. Les redondances sont donc inévitables.

Le législateur a cherché à les corriger en admettant des renvois entre certains dispositifs, mais le procédé n'est pas systématique et ne pallie pas l'absence d'articulation entre les dispositifs.

La complexité résultant des redondances est aggravée par les incertitudes qui affectent tant la portée que le contenu de certaines obligations. La portée des obligations diffère selon les dispositifs qui sont parfois pleinement contraignants et parfois soumis au principe « *appliquer ou expliquer* ». La rationalité quant à la différence de portée des différents dispositifs n'apparaît pas clairement. S'agissant de la formulation des obligations, on observe des disparités de rédaction et des imprécisions quant aux expressions utilisées, ce qui fait obstacle à une compréhension commune et à une application uniforme de ces dispositifs.

1.1.3 - Hétérogénéité des mesures et sanctions destinées à assurer l'efficacité de ces dispositifs

L'étude montre enfin qu'un même désordre règne quant aux mesures et sanctions destinées à assurer l'efficacité des dispositifs. Le législateur utilise à la fois des mesures préventives qui consistent à faire vérifier l'exécution des obligations par un organisme tiers, une mesure correctrice qu'est l'injonction et quelques sanctions *stricto sensu*.

Les mesures préventives font intervenir une grande diversité d'acteurs chargés de contrôler une partie des informations extra-financières que la société est tenue de publier. Leurs missions varient selon l'objet de l'obligation.

S'agissant des mesures correctives, l'injonction est l'instrument privilégié du respect des obligations imposées par les dispositifs. Les dispositifs relevant du Code de commerce sont assortis d'une



injonction judiciaire visant à l'obtention d'une information, ou d'une injonction administrative, l'AMF pouvant procéder à des publications rectificatives ou complémentaires si les informations fournies sont incomplètes ou inexactes. Les dispositifs hors du Code de commerce octroient quant à eux un pouvoir d'injonction à divers acteurs (préfet, ADEME, AFA...).

Les sanctions *stricto sensu* peuvent être administratives, elles sont alors prononcées par une grande diversité d'autorités. Quelques sanctions pénales subsistent également en cas de violation des dispositifs de prévention des risques extra-financiers, et certains dispositifs sont assortis quant à eux de sanctions civiles.

1.2 - Des craintes pour l'avenir quant à la directive CSRD

Des craintes ont été mises en évidence par le groupe de travail « pratique » quant à l'élargissement des missions du comité d'audit (1.2.1). Par ailleurs, si l'obligation de publication sous format digital des informations non financières doit être saluée, il est nécessaire de laisser aux entreprises un temps d'adaptation (1.2.2).

1.2.1 - Un élargissement préoccupant des missions du comité d'audit

La directive envisage de confier au comité d'audit « *certaines tâches en ce qui concerne l'assurance des informations publiées en matière de durabilité* ». Elle permet néanmoins de faire exercer cette fonction par « *l'organe d'administration ou de surveillance dans son ensemble ou par un organe spécialisé établi par l'organe d'administration ou de surveillance* ».

Le groupe de travail estime que la souplesse prévue par la directive est opportune et doit être saisie, car :

- imposer l'instauration généralisée d'un comité d'audit risque de bousculer le mode de gouvernance d'un très grand nombre d'entreprises françaises. En effet, actuellement, un comité d'audit ne doit être mis en place qu'au sein des « *entités d'intérêt public* » au sens de l'article L. 820-1 du Code de commerce ;

- dans les SA, le comité d'audit agit sous la responsabilité du conseil d'administration. Responsabiliser spécifiquement un comité d'étude sur le processus d'élaboration du *reporting* extra-financier heurte le principe de collégialité du conseil d'administration. Cela ne facilite pas non plus une approche transverse des sujets extra-financiers. En outre, en accroissant l'exposition de la responsabilité des membres du comité d'audit, leur recrutement peut se complexifier et la tension observée sur le marché de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux peut s'intensifier.

Le groupe de travail estime donc que les sociétés doivent rester libres d'organiser leur gouvernance, il serait dangereux de faire du comité d'audit un « *conseil d'administration bis* ».



1.2.2 - Une indispensable prise d'effet décalée de la publication sous format digital

La directive CSRD prévoit une obligation de publication sous format digital des informations extra-financières. Le groupe de travail considère que cette obligation répond aux impératifs d'accessibilité et de comparabilité de l'information extra-financière. L'alignement des technologies utilisées pour les publications financières et extra-financières permet une simplification et une mutualisation des outils et des coûts.

Néanmoins, l'information extra-financière nécessitera toujours une contextualisation indispensable à sa bonne interprétation. Par ailleurs, il sera nécessaire de laisser un temps raisonnable aux sociétés pour mettre en place le tagging de leurs données extra-financières au regard du calendrier d'établissement des standards sectoriels.

II. Des recommandations convergentes

Les groupes de travail ont formulé des propositions s'agissant de la manière de transposer la directive CSRD (2.1) et de l'effort de simplification et de rationalisation de certains dispositifs nationaux qui pourrait être fait à l'occasion de la transposition (2.2).

2.1 - Un soin particulier devra être apporté à la transposition de la directive CSRD

Un alignement sur le texte de la directive s'impose pour ne pas ajouter du désordre à la complexité (2.1.1) ; il sera, par ailleurs, nécessaire de choisir où transposer au mieux la directive pour assurer son effectivité (2.1.2).

2.1.1 - Un nécessaire alignement sur le texte de la directive CSRD

Il est nécessaire de transposer au plus près la directive CSRD.

S'agissant du champ d'application, la directive CSRD impose un *reporting* extra-financier non seulement aux grandes sociétés cotées, mais également aux grandes entreprises non cotées et aux PME cotées. Aligner le droit français sur le droit européen suppose de retenir la grande entreprise comme point d'appui de la réglementation, de faire de la cotation un critère alternatif de déclenchement des obligations, d'écarter le critère de la forme sociale, de rationaliser la prise en compte des groupes et, le cas échéant, d'intégrer dans la loi la référence aux catégories des grande, moyenne, petite et micro entreprises.

Le groupe de travail « pratique » considère en outre que le niveau pertinent d'appréciation de la performance extra-financière est le niveau du groupe. Le régime d'exemption des filiales assure la



pertinence des informations extra-financières au regard des attentes des investisseurs et des parties prenantes et doit donc être maintenu.

S’agissant du contenu, la directive CSRD :

- supprime la déclaration de performance extra-financière pour lui substituer un nouveau rapport dit « *de durabilité* » dont le contenu sera défini de manière très précise par les actes délégués de la Commission. Le groupe de travail « académique » suggère, à rebours de la méthode qui a prévalu pour la déclaration de performance extra-financière consistant à empiler, au sein d’une même disposition, des obligations de source distincte, de dédier un article spécifique à la transposition, accueillant les seules dispositions issues de la directive à l’exclusion de tout autre dispositif d’origine nationale ;

- formule les obligations en reprenant les standards internationaux utilisés par les Nations Unies et l’OCDE. Le groupe de travail « académique » suggère de reprendre la terminologie européenne inspirée des standards internationaux en renonçant à trouver des équivalents dans les expressions et notions juridiques de droit interne ;

- prend en considération les doublons susceptibles de naître entre le rapport de durabilité et le rapport de gestion, ou le rapport sur le gouvernement d’entreprise. Le groupe de travail « académique » suggère d’utiliser systématiquement les renvois entre dispositifs proposés par la directive.

Le groupe « pratique » a également formulé plusieurs recommandations :

- cinq catégories d’informations doivent être publiées s’agissant des facteurs de gouvernance (le rôle des organes d’administration, de direction et de surveillance de l’entreprise ; l’éthique des affaires et la culture d’entreprise ; les engagements politiques de l’entreprise ; la gestion et la qualité des relations avec les partenaires commerciaux ; les systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de l’entreprise) et l’EFRAG travaille à l’élaboration de standards qui prendront la forme d’actes délégués européens. L’élaboration de ce régime harmonisé devra être fait au niveau européen, il sera nécessaire d’éviter les surtranspositions nationales ;

- afin d’éviter de soumettre les SAS et SARL à un corpus de règles qui ne leur sont pas applicables, il conviendrait de prévoir expressément que le texte concernant les informations en matière de durabilité leur est applicable. De ce fait, seuls les facteurs de gouvernance propres à la directive CSRD leur seraient applicables ;

- comme le permet la directive, l’application de normes en matière de durabilité devrait rester purement volontaire s’agissant des PME non cotées. ;

- la directive CSRD impose la publication d’informations prospectives, et non seulement historiques. Une telle obligation pourrait avoir des conséquences importantes en matière de responsabilité



pour les sociétés cotées, elle conduirait les sociétés européennes à devoir publier des informations commercialement sensibles, et la publication d'objectifs extra-financiers pourrait être détournée de son objet. Il est donc nécessaire de laisser aux entreprises le soin de déterminer les horizons de temps adéquats et pertinents pour les objectifs qu'elles se fixent, ainsi que les indicateurs et objectifs qu'elles souhaitent publier, sans devoir les traduire en termes financiers.

S'agissant des mesures et sanctions, la directive impose un contrôle du rapport de durabilité. Ce contrôle est différent de celui qui existe aujourd'hui en droit français et devra être organisé. Le groupe de travail recommande de conserver l'injonction prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce comme sanction de la violation de l'obligation de publication du rapport de durabilité et d'attendre la directive européenne sur le devoir de vigilance pour prendre parti sur la dévolution à une autorité administrative d'un pouvoir de sanction des obligations édictées en matière de durabilité.

2.1.2 - La nécessité de choisir où transposer la directive CSRD afin d'assurer son effectivité

Il faudra choisir où transposer la directive pour lui assurer une pleine effectivité. Il existe deux options :

- **la première** consisterait à transposer l'exigence de fournir le rapport de durabilité à l'article L. 225-100-1 du Code de commerce, à la place de la déclaration de performance extra-financière. Le régime spécial allégé des PME cotées trouverait alors une place naturelle dans le Chapitre X du Titre II consacré aux « *Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales* » ;

- **la seconde** consisterait à transposer l'exigence au sein de la Section 1 du Chapitre 2 du Titre III, intitulée « *Des documents comptables* ». Le régime spécial allégé des PME cotées trouverait alors sa place dans la Section 2 « *Des documents propres aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne* ».

La première option serait mieux accueillie par les utilisateurs mais elle perpétue l'hypertrophie du droit de la société anonyme en l'alourdissant de dispositions dont le champ d'application est beaucoup plus étendu. La seconde option serait symboliquement forte en ce qu'elle marquerait l'évolution de la nature de ce reporting financier.

2.2 - À l'occasion de la transposition, un effort de simplification et de rationalisation de certains dispositifs nationaux pourrait être entreprise

Un exercice de mise en cohérence pourrait être réalisé s'agissant du champ d'application (2.2.1) et des informations à produire en matière de durabilité (2.2.2).



2.2.1 - L'harmonisation des champs d'application

Le droit français pourrait tendre vers un alignement des champs d'application des principaux dispositifs de prévention des risques extra-financiers sur la notion de grande entreprise, en dispensant les petites et moyennes entreprises non cotées de ces dispositifs et en prévoyant un régime allégé pour les PME cotées. Cela nécessiterait de lever l'option ouverte aux États membres par l'article 19.4 de la directive 2013/34/UE pour dispenser les moyennes entreprises non cotées de la publication d'indicateurs non financiers dans leur rapport de gestion.

La forme sociale devrait quant à elle être indifférente et il faudrait inclure les SAS dans le champ des dispositifs de prévention des risques extra-financiers.

Enfin, ce pourrait-être également l'occasion de préciser et d'harmoniser les modalités de calcul des seuils de déclenchement de certains dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers.

2.2.2 - La mise en cohérence des informations à produire en matière de durabilité

Les informations en matière de durabilité prévues par la directive CSRD ont vocation à se substituer à l'actuelle déclaration de performance extra-financière. Plusieurs suggestions ont été formulées par le groupe « académique » :

- dispenser les sociétés soumises à l'obligation de publier un rapport de durabilité de certaines obligations d'information extra-financière de droit interne (indicateurs climatiques du rapport de gestion des sociétés cotées, bilan des émissions de gaz à effet de serre, plan de transition, audit énergétique) ; à défaut organiser systématiquement des renvois, du rapport de durabilité vers le dispositif national ;
- expliciter l'articulation entre le rapport de durabilité et les autres dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers (plan de vigilance, dispositif anti-corruption, indicateurs de parité) ;
- s'interroger sur la survie de l'exigence des informations sociétales qui figurent aujourd'hui au sein de la déclaration de performance extra-financière et qui n'ont pas d'équivalent en droit européen et, en cas de maintien, isoler l'exigence dans une disposition distincte de l'article relatif au contenu du rapport de durabilité.

AU TOTAL :

Un grand désordre affecte tant le champ d'application des dispositifs de prévention des risques extra-financiers que leur contenu. Le même désordre se retrouve s'agissant des mesures et des sanctions. L'ensemble actuel est donc problématique et coûteux en soi, et suscite des craintes quant à



la transposition de la directive CSRD. Ce constat souligne la nécessité d'améliorer l'édifice français. Un soin particulier devra donc être apporté à la transposition de la directive CSRD, en y procédant « *au plus près* » du texte européen afin de ne pas ajouter du désordre à la complexité et en choisissant, au sein du Code de commerce, la localisation susceptible d'assurer au mieux son effectivité. La transposition devrait également être l'occasion de retoucher les dispositifs nationaux afin de simplifier et de rationaliser l'édifice des obligations extra-financières des sociétés en France.



***LES DISPOSITIFS DE
SIGNALEMENTS, DE PRÉVENTION
ET DE TRANSPARENCE RELATIFS
AUX RISQUES EXTRA-FINANCIERS
DES GRANDES SOCIÉTÉS***

Rapport académique



SOMMAIRE

1^{re} partie - État des lieux	20
I. Les champs d'application	20
1.1 - La société considérée isolément	20
1.1.1 - La taille (les seuils)	20
1.1.2 - La cotation	32
1.1.3 - L'activité	34
1.1.4 - La forme sociale	35
1.2 - Le groupe	37
II. Le contenu des dispositifs	43
2.1 - Les redondances	43
2.1.1 - Les causes	43
2.1.2 - Les illustrations	50
2.1.3 - Les palliatifs	54
2.2 - Les incertitudes	57
2.2.1 - La portée des obligations	57
2.1.2 - Le contenu des obligations	58
III. Les mesures et sanctions	61
3.1 - Les mesures préventives	61
3.2 - Une mesure corrective : l'injonction	63
3.2.1 - Les dispositifs relevant du Code de commerce	63
3.2.2 - Les dispositifs hors du Code de commerce	67
3.3 - Les sanctions <i>stricto sensu</i>	67
3.3.1 - Les sanctions administratives	67



3.3.2 - Les sanctions pénales	69
3.3.3 - Les sanctions civiles	69
2^e partie - Perspectives et propositions	72
I. La transposition de la directive CSRD 50	77
1.1 - Comment transposer ?	77
1.1.1 -Le champ d’application	77
1.1.2 - Le contenu	82
1.1.3 - Les mesures et sanctions	84
1.2 - Où transposer ?	86
II. À l’occasion de la transposition	88
2.1 - Les champs d’application	88
2.2 - Le contenu des dispositifs	93
2.3 - Les sanctions	95
Composition du groupe de travail	96



1 - Contexte. En janvier 2021, la Chancellerie a saisi le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris de l'intérêt qu'il y aurait à effectuer un état des lieux juridique et pratique des différents dispositifs de signalement, de prévention et de transparence relatifs aux risques extra-financiers des grandes sociétés à la veille de l'adoption de textes européens qui modifieront significativement la matière et dont il convient d'anticiper la transposition.

La Chancellerie constatait l'accumulation de dispositifs pensés séparément, élaborés parfois au niveau national, parfois au niveau européen, recourant à des seuils, des définitions, des obligations et des sanctions différents alors même qu'ils poursuivent des objectifs similaires. Elle s'interrogeait sur la réalité et, le cas échéant, sur l'ampleur des difficultés rencontrées en pratique dans la mise en œuvre et l'utilisation de ces différents dispositifs pour les sociétés concernées (coûts administratifs importants, perte d'efficacité économique), comme pour les personnes bénéficiaires de ces dispositifs (manque de lisibilité, difficultés d'utilisation). Elle proposait, si le constat de ces difficultés était avéré, d'envisager une rationalisation de tout ou partie de ces dispositifs qui pourrait s'inscrire, en partie, dans le cadre de la transposition de la future directive CSRD, ce qui supposait de s'appuyer sur un état des lieux *juridique et pratique* détaillé.

2 - Méthode. Deux groupes de travail ont été constitués pour répondre à cette demande. L'un « académique »¹, chargé de l'état des lieux juridique, l'autre « pratique » ayant plus précisément pour mission de signaler les difficultés de mise en œuvre de ces dispositifs. L'état des lieux juridique est l'objet du présent rapport.

La méthode était suggérée par la note de cadrage. « *Celui-ci [l'état des lieux] pourrait recenser les différents dispositifs concernés et établir une comparaison entre leurs différents seuils, définitions, obligations et sanctions, ce qui permettrait de faire apparaître de manière détaillée les obligations qui se recoupent et les éventuelles incohérences. Il constituerait ainsi l'assise juridique (...) indispensable pour poursuivre l'objectif d'une rationalisation de ces dispositifs* ».

3 - Recensement des dispositifs. Dans un premier temps, le groupe de travail a recensé les différents dispositifs de signalement, de prévention et de transparence relatifs aux risques extra-financiers des grandes sociétés aux fins de préciser le périmètre de la recherche.

L'expression « *grandes sociétés* » a conduit à limiter le champ de l'étude aux sociétés par actions (SA, SCA, SAS, SE).

¹ Annexe 1. Composition du groupe de travail.



En l'absence de définition juridique, l'expression « *risques extra-financiers* » a été comprise largement, comme incluant les risques *environnementaux, sociaux et de gouvernance* que recouvre le sigle international ESG, ainsi que le risque dit « *sociétal* » pris en compte en droit français par la loi Grenelle 2 et dont le contenu, inspiré par la norme ISO 26000 de 2010, inclut les actions de *lutte contre la corruption et les atteintes aux droits de l'homme*.

On précisera toutefois que chacun de ces risques ou enjeux a un contenu différent selon le dispositif qui lui est consacré. Aussi la définition du champ de l'étude comporte-t-elle nécessairement une part d'arbitraire.

Au regard des illustrations données par la note de la Chancellerie², le choix a été fait de ne retenir que les dispositifs de droit commun, ceux qui figurent dans le Code de commerce, et quelques obligations issues du Code de l'énergie et du Code de l'environnement en raison de leur très large champ d'application. En revanche, *n'ont pas été pris en compte les textes sectoriels* et, notamment, les dispositions du Code monétaire et financier qui soumettent les acteurs à des obligations spécifiques. Par ailleurs, les dispositions du Code du travail n'ont pas été incluses dans le périmètre de l'étude, mais elles ont été prises en considération lorsqu'elles poursuivent le même objectif que certains des dispositifs du Code de commerce étudiés.

Treize dispositifs ont finalement été retenus.

Huit dispositifs du Code de commerce :

- les dispositions relatives au contenu extra-financier du **rapport de gestion** qui figurent aux articles L. 225-100-1 et L. 22-10-35 du Code de commerce (source nationale et européenne³) ;
- les dispositions relatives à certains éléments extra-financiers du **rapport sur le gouvernement d'entreprise** des sociétés cotées (politique de diversité et politique de rémunération des dirigeants sociaux) qui figurent aux articles L. 22-10-9 à L. 22-10-11 du Code de commerce (source nationale et européenne⁴) ;
- la **déclaration de performance extra-financière** (DPEF) prévue aux articles L. 225-102-1 et L. 22-10-36 du Code de commerce, précisés par l'article R. 225-105 du même code (source nationale et européenne⁵) et complétés aujourd'hui par l'article 8 du règlement (UE) 2020/852 (Taxonomie)⁶ ;

² Annexe 2. Note de cadrage de la Chancellerie.

³ Art. 19, Directive 2013/34/UE.

⁴ Directive 2014/95/UE (NFRD) et Directive 2017/828/UE (SRD2).

⁵ Directive 2014/95/UE (NFRD).

⁶ Selon cet article, les sociétés doivent inclure dans leur DPEF 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.



- les dispositions de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (**établissements SEVESO**) codifiées notamment à l'article L. 225-102-2 du Code de commerce (source nationale) ;
- la **déclaration des paiements aux gouvernements** exigée des entreprises ayant une activité extractive, prévue à l'article L. 225-102-3, I du Code de commerce (source européenne⁷) ;
- les dispositions de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au **devoir de vigilance** des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre figurant aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce (source nationale) ;
- les dispositions de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 (Copé-Zimmermann) à la **représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance**, codifiées aux articles L. 225-18-1 et L. 225-69-1 du Code de commerce (source nationale) ;
- les dispositions du Code du travail issues de la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à **la parité au sein des instances dirigeantes**, plus précisément à accélérer l'égalité économique et professionnelle (Rixain) qui figurent aux articles L. 1142-11 à L. 1142-13 du code du travail et L. 23-12-1 du Code de commerce (source nationale)⁸.

Un dispositif relevant à la fois du Code civil et du Code de commerce :

- Les dispositions de la **loi PACTE** (modifiant les art. 1833 et 1835 du Code civil et L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce) mettant à la charge des dirigeants de la société l'obligation de gérer celle-ci dans son intérêt, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité⁹, et ouvrant aux sociétés la possibilité de se doter d'une raison d'être statutaire (source nationale).

Quatre dispositifs extérieurs au Code de commerce :

- l'article L. 229-25 du Code de l'environnement créé par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 dite Grenelle 2 et modifié en dernier lieu par la loi n°2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie

⁷ Art. 41 et s., Directive 2013/34/UE. Pour renforcer la transparence concernant les paiements effectués au profit de gouvernements, les grandes entreprises et les entités d'intérêt public actives dans les industries extractives ou l'exploitation des forêts primaires doivent déclarer les paiements significatifs effectués au profit de gouvernements dans les pays où elles exercent leurs activités.

⁸ La loi impose l'obligation de publier les écarts de représentation entre les femmes et les hommes parmi les cadres dirigeants et les instances dirigeantes et d'atteindre un ratio d'au moins 30% en 2027 et 40% en 2030.

⁹ Les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce ont été modifiés par la loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 pour imposer au conseil d'administration ou de surveillance de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant non seulement les enjeux sociaux, environnementaux, mais également **culturels et sportifs** de son activité ; à ce stade, on laissera de côté ces nouveaux enjeux extra-financiers.



et au climat sur le **bilan des émissions de gaz à effet de serre (BGES)** et le **plan de transition** (source nationale) ;

- l'article L. 233-1 du Code de l'énergie créé par la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable et imposant la réalisation et la publication d'un **audit énergétique** (source européenne¹⁰) ;

- les dispositions de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin 2) relatives aux **dispositifs d'alerte** (art. 8 et 17) et au **plan anti-corruption** (art. 17) (source nationale et européenne¹¹) ;

- les dispositions de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel imposant à certaines sociétés l'obligation de publier un **index égalité homme-femme**¹² (source nationale).

4 - Sources. Cette énumération atteste à la fois de l'importance prise dans notre droit des sociétés par les enjeux extra-financiers et de l'hétérogénéité de leur source. La prévention de ces risques, que le mouvement RSE avait invité les entreprises à prendre en considération sur une base volontaire, s'est progressivement muée en objectif assigné aux entreprises par la loi, en droit interne comme en droit européen.

On rappellera que le mouvement a été amorcé par la loi NRE du 15 mai 2001 qui imposa aux sociétés cotées de publier des informations sur la manière dont elles prenaient en compte les conséquences *sociales et environnementales* de leur activité ; deux ans plus tard, la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 prenait en considération l'enjeu de *gouvernance* en imposant au président du conseil d'administration plus de transparence sur l'organisation des travaux du conseil dans ce qui deviendra le rapport sur le gouvernement d'entreprise ; vinrent ensuite les *considérations sociétales* avec la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 qui ajouta aux publications exigées des sociétés, des informations sur leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable au sens de

¹⁰ Art. 8.4, Directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique.

¹¹ Directive 2019/1937/UE sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

¹² Le décret impose aux entreprises de plus de 250 salariés, l'obligation de publier

1° L'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, calculé à partir de la moyenne de la rémunération des femmes comparée à celle des hommes, par tranche d'âge et par catégorie de postes équivalents ;

2° L'écart de taux d'augmentations individuelles de salaire ne correspondant pas à des promotions entre les femmes et les hommes ;

3° L'écart de taux de promotions entre les femmes et les hommes ;

4° Le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année de leur retour de congé de maternité, si des augmentations sont intervenues au cours de la période pendant laquelle le congé a été pris ;

5° Le nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations.

Dans les entreprises employant entre 50 et 250 salariés, seuls sont requis les indicateurs 1°, 2°, 4° et 5°.



la norme internationale ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises (informations sur l'impact local de l'activité, le dialogue avec les parties prenantes, les sous-traitants et fournisseurs, la loyauté des pratiques et les actions de lutte contre la corruption et les atteintes aux droits de l'homme).

Ces textes ont été complétés par différentes initiatives nationales diversifiant les informations à publier¹³, et modifiés pour être mis en conformité avec le droit européen également engagé dans une démarche RSE : le rapport de gestion a été alourdi d'indicateurs de performance non financière par la directive comptable 2013/34/UE qui mit également à la charge des sociétés cotées l'obligation de publier une déclaration sur le gouvernement d'entreprise, avant que la directive NFRD 2014/95/UE n'impose à certaines de ces grandes entreprises une déclaration de performance extra-financière comportant des informations relatives aux questions environnementales, sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption.

Parallèlement d'autres dispositifs étaient développés pour répondre aux mêmes objectifs : en matière *environnementale*, la loi Grenelle 2 avait imposé à certaines entités la publication d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre et un plan de transition et, quelques années plus tard, transposant la directive de 2012 sur l'efficacité énergétique, le législateur exigeait des grandes entreprises un audit énergétique. Dans le domaine *sociétal*, la loi Sapin 2 fut édictée en 2016 pour imposer aux entreprises de prévenir le risque de corruption et, en 2017, ce fut la loi sur le devoir de vigilance qui vit le jour aux fins d'engager les entreprises dans la lutte contre les atteintes aux droits humains et libertés fondamentales. Par ailleurs, pour prévenir les discriminations tout autant que le risque de « *pensée unique* » au sein des organes de *gouvernance*, plusieurs dispositifs sont venus imposer aux grandes entreprises de s'engager dans une politique de diversité et d'atteindre des ratios de mixité. Enfin, en 2019, la loi PACTE inscrit, dans le Code civil, l'obligation pour les organes de gestion de la société de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux.

¹³ La déclaration de performance extra-financière est un modèle du genre : prévue aux articles L. 225-102-1 et L. 22-10-36 du Code de commerce issus de la transposition de la Directive 2014/95/UE (NFRD), elle intègre de multiples éléments résultant d'interventions nationales l'ayant précédée depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite « NRE », en passant par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle 2 », la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, « TECV », ou la loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire, ou d'initiatives postérieures à sa transposition, telles que la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, ou la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, jusqu'à la Loi n° 2022-296, 2 mars 2022, visant à démocratiser le sport en France... soit 21 modifications en 21 ans. L'article R. 225-105 qui définit le contenu de la déclaration de performance extra-financière a repris les termes de l'ancien article R. 225-105-1 créé par le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 pris en application de la loi Grenelle 2 et leur a ajouté un alinéa dans le cadre de la transposition. L'article L. 22-10-10 relatif à la politique de diversité à laquelle a été greffée une disposition de la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 sur la liberté de choisir son avenir professionnel est également un bel exemple d'hybridation.



De cette accumulation de textes, pensés séparément, résulte un ensemble difficilement lisible et complexe à mettre en œuvre.

5 - Plan. Dans quelques mois, ces dispositifs devront être modifiés et/ou complétés par de nouveaux textes européens pris en application du Plan d'action de la Commission visant à « *financer la croissance durable* ». L'intégration du règlement Taxonomie, la transposition de la future directive CSRD, voire du projet de texte sur le devoir de diligence raisonnée placera le législateur français face à des choix délicats de méthode. C'est dans ce contexte que, sur demande de la Chancellerie, le groupe de travail a réalisé cet état des lieux du droit positif (1^{ère} partie) et formulé quelques propositions (2^{nde} partie).



1^{re} PARTIE : ÉTAT DES LIEUX

Pour réaliser cet état des lieux juridique des dispositifs de prévention des risques extra-financiers, le groupe de travail a suivi la méthodologie suggérée par la note de cadrage de la Chancellerie, s'attachant d'abord à l'étude de leur champ d'application (I), puis de leur contenu (II), avant d'analyser les mesures et sanctions destinées à assurer leur efficacité (III).

I. Les champs d'application

6 - On précisera, à titre liminaire, que seules les sociétés françaises sont soumises aux dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers. En effet, à la différence de certains droits étrangers (le droit anglais notamment), le législateur français n'impose pas ces obligations aux sociétés étrangères à raison de l'importance de leur activité en France.

Cet élément de simplification mis à part, le constat le plus saisissant de cette étude est celui de la diversité des champs d'application des dispositifs de prévention des risques extra-financiers, comme si aucun choix rationnel n'avait guidé la définition de leur périmètre. Ce constat peut être dressé que la société soit considérée isolément (1.1) ou au sein d'un groupe (1.2).

1.1 - La société considérée isolément

Le champ d'application des différents dispositifs est défini à l'aide de plusieurs critères : la taille (1.1.1), la cotation (1.1.2), l'activité de la société (1.1.3) et, en partie, la forme sociale (1.1.4).

1.1.1 - La taille (les seuils)

7 - *Un critère rationnel.* Le choix de la taille de l'entreprise comme critère d'application des dispositifs de prévention des risques extra-financiers apparaît logique. On peut penser en effet que la volonté du législateur est de déterminer la *taille critique* de la société, celle à partir de laquelle les risques que court la société et les risques qu'elle engendre sont suffisamment importants pour devoir être prévenus, celle aussi à partir de laquelle les contraintes qui sont imposées à la société par ces dispositifs n'excèdent pas les bénéfices que l'on peut en attendre.

C'est en tout cas le choix de l'Union européenne. On rappellera que la directive 2013/34/UE qui est le socle du *reporting* extra-financier, définit la *micro*, la *petite*, la *moyenne* et la *grande entreprise* et qu'elle le fait à l'aide de critères précis¹⁴ : le CA s'entend net ; le nombre de salariés est le nombre

¹⁴ « Les États-membres définissent une micro-entreprise comme une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, ne dépasse pas les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

a) total du bilan : 350 000 EUR ;



moyen et la date à laquelle il convient de se placer pour apprécier le franchissement du seuil est la *clôture de l'exercice*.

Certes, la situation en droit européen est déjà quelque peu complexe, car il existe également une recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 qui définit des critères de seuils pour les *micro, petites et moyennes entreprises*, ne correspondant pas à ceux de la directive 2013/34/UE et les combine de manière différente¹⁵. Or les seuils de cette recommandation sont utilisés par certains dispositifs nationaux¹⁶.

Mais la situation est encore plus alarmante en droit interne, où différents seuils sont combinés, certains de source européenne, d'autres purement nationaux¹⁷. En résulte un état des lieux très

¹⁴ (suite) b) chiffre d'affaires net : 700 000 EUR ;

c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 10.

2. Une petite entreprise est une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, ne dépasse pas les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

a) total du bilan : 4 000 000 EUR ;

b) chiffre d'affaires net : 8 000 000 EUR ;

c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 50.

Les États membres peuvent fixer des seuils supérieurs aux seuils prévus aux points a) et b) du premier alinéa. Toutefois, ces seuils n'excèdent pas 6 000 000 EUR en ce qui concerne le total du bilan et 12 000 000 EUR pour ce qui est du chiffre d'affaires net.

3. Une moyenne entreprise est une entreprise qui n'est pas une micro-entreprise ou une petite entreprise et qui, à la date de clôture du bilan, ne dépasse pas les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

a) total du bilan : 20 000 000 EUR ;

b) chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ;

c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250.

4. Une grande entreprise est une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

a) total du bilan : 20 000 000 EUR ;

b) chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ;

c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250. »

On observe que ces définitions sont différentes de celles qui avaient été retenues par la Recommandation 2003/361/CE à laquelle se réfère par exemple la loi française sur l'audit énergétique, comme quoi, même en droit européen, les seuils ont pu varier.

¹⁵ « 1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros.

3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros ».

¹⁶ Pour l'audit énergétique, bien que la recommandation soit mal transposée. Hors du cadre des dispositifs qui nous intéressent ici, la recommandation fait aussi référence pour les critères d'attributions d'actions gratuites (L. 225-97-1, Code de commerce).

¹⁷ La loi Pacte avait eu comme objectif de rationaliser les seuils d'effectif, l'exposé des motifs indique que l'article 6 « engage une rationalisation des seuils d'effectif en se fondant sur les niveaux de onze, cinquante et deux cent cinquante salariés » ; l'effort n'a pas touché les dispositifs de prévention des risques extra-financiers.



complexe : la taille est déterminée à l'aide de seuils dont le nombre (1.1.1.1), l'imprécision des modalités de calcul (1.1.1.2) et la diversité des combinaisons (1.1.1.3) sont édifiants.

1.1.1.1 - Le nombre de seuils

Les seuils peuvent porter sur trois éléments qui doivent être combinés : chiffre d'affaires, total de bilan et nombre de salariés.

8 - Le chiffre d'affaires. Concernant le chiffre d'affaires, uniquement pour les sociétés par actions, quatre seuils sont retenus :

- **12 M€ net**, obligation d'établir un **rapport de gestion** contenant diverses informations non financières, y compris un **rapport sur le gouvernement d'entreprise**¹⁸ ;
- **40 M€ net**, obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière pour les sociétés cotées**¹⁹, **politique de diversité** pour les sociétés cotées²⁰, **déclaration des paiements aux gouvernements**²¹ ;
- **50 M€ net**, obligation de **parité dans les conseils d'administration**²² et de **surveillance**²³ ; obligation d'établir un **audit énergétique**²⁴ ;
- **100 M€ net**, obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière pour toutes les sociétés**²⁵ et l'obligation d'établir un **plan anticorruption**²⁶.

9 - Le bilan. S'agissant du bilan, et ici encore uniquement pour les sociétés par actions, cinq seuils sont utilisés :

- **6 M€**, obligation d'établir un **rapport de gestion** contenant diverses informations non financières²⁷, y compris un **rapport sur le gouvernement d'entreprise** ;

¹⁸ Art. L. 232-1, Code de commerce en combinaison avec art. L. 123-16, Code de commerce et art. D. 123-200, Code de commerce.

¹⁹ Art. R. 22-10-29, Code de commerce.

²⁰ Art. R. 22-10-29, Code de commerce.

²¹ Art. R. 225-105-3, Code de commerce.

²² Art. L. 225-18-1 Code de commerce.

²³ Art. L. 225-69-1 Code de commerce.

²⁴ Art. R. 233-1 et R. 233-2, Code de l'énergie.

²⁵ Art. R. 225-104, Code de commerce.

²⁶ Art. 17, L. Sapin 2.

²⁷ Art. L. 232-1, Code de commerce en combinaison avec art. L. 123-16, Code de commerce et art. D. 123-200, Code de commerce.



- **20 M€**, obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière pour les sociétés cotées**²⁸, une **politique de diversité** pour les sociétés cotées²⁹, une **déclaration des paiements aux gouvernements**³⁰ ;
- **43 M€**, obligation d'établir un **audit énergétique**³¹ ;
- **50 M€**, obligation de **parité dans les conseils d'administration**³² et de **surveillance**³³ ;
- **100 M€**, obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière pour toutes les sociétés**³⁴.

10 - Le nombre de salariés. Enfin, quant au nombre des salariés, six seuils sont retenus :

- **50 salariés**, obligation de publier un **rapport de gestion** contenant des informations extra-financières³⁵ y compris un **rapport sur le gouvernement d'entreprise**, de mettre en place un **dispositif d'alerte**³⁶, de publier **l'index d'égalité homme-femme**³⁷ ;
- **250 salariés**, obligation de transmettre un **bilan d'émission des gaz à effet de serre** et un **plan de transition** pour les entreprises situées dans les régions et départements d'outre-mer³⁸, de réaliser un **audit énergétique**³⁹, de mettre en place une **politique de diversité** pour les sociétés cotées⁴⁰, une **déclaration des paiements aux gouvernements**⁴¹, une **parité dans le conseil d'administration**⁴² et de **surveillance**⁴³, de publier un indicateur supplémentaire au titre de **l'index d'égalité homme-femme**⁴⁴ ;

²⁸ Art. R. 22-10-29, Code de commerce.

²⁹ Art. R. 22-10-29, Code de commerce.

³⁰ Art. R. 225-105-3, Code de commerce.

³¹ Art. R. 233-2, Code de commerce.

³² Art. L. 225-18-1, Code de commerce.

³³ Art. L. 225-69-1, Code de commerce.

³⁴ Art. R. 225-104, Code de commerce.

³⁵ Art. L. 232-1, Code de commerce en combinaison avec art. L. 123-16, Code de commerce et art. D. 123-200, Code de commerce.

³⁶ Art. 8, L. Sapin 2.

³⁷ Art. L. 11428-8, Code du travail.

³⁸ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

³⁹ Art. R. 233-2, Code de l'énergie.

⁴⁰ Art. R. 22-10-29, alinéa 2, Code de commerce.

⁴¹ Art. R. 225-105-3, Code de commerce.

⁴² Art. L. 225-18-1, Code de commerce.

⁴³ Art. L. 225-69-1, Code de commerce.

⁴⁴ Art. D. 1142-2, Code du travail.



- **500 salariés**, obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière pour toutes les sociétés**⁴⁵ et une **déclaration de performance extra-financière enrichie pour les sociétés cotées**⁴⁶, obligation de transmettre un **bilan des émissions de gaz à effet de serre** et un **plan de transition** pour les entreprises ne se situant pas dans les régions et départements d'outre-mer⁴⁷, de mettre en place un **plan anticorruption**⁴⁸ ;

- **1 000 salariés**, obligation de publier les écarts de représentation entre les femmes et les hommes parmi les cadres dirigeants et **les instances dirigeantes** et d'atteindre un ratio d'au moins 30% en 2027 et 40% en 2030 (Loi Rixain) ;

- **5 000 salariés**, obligation de mettre en place un **plan de vigilance**⁴⁹ si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français ;

- **10 000 salariés**, obligation de mettre en place un **plan de vigilance**⁵⁰ si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français ou étranger.

1.1.1.2 - L'imprécision du mode de calcul des seuils

Déterminer le seuil applicable est une chose, savoir (i) comment et (ii) quand le calculer en est une autre.

i) Comment calculer ?

Le seuil n'est pas toujours défini de la même manière.

11 - Le chiffre d'affaires. Dans la plupart des cas il est **précisé que le chiffre d'affaires s'entend net** ; l'article 17 de la loi Sapin 2 relatif au dispositif anti-corruption ne précise pas, toutefois, si le seuil de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires s'entend net ou hors taxe. Il en est de même pour l'audit énergétique, l'article R. 233-2 du Code de l'énergie fait état d'un « *chiffre d'affaires annuel [qui] excède 50 millions d'euros* », sans préciser si ce chiffre d'affaires est net ou hors taxe.

12 - Le nombre de salariés. Plus délicate est la question du nombre de salariés. Les difficultés se concentrent sur trois points : l'insistance du droit interne à ne comptabiliser que les salariés

⁴⁵ Art. R. 225-104, Code de commerce.

⁴⁶ Art. R. 22-10-29 al. 1, Code de commerce.

⁴⁷ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

⁴⁸ Art. 17, L. Sapin 2.

⁴⁹ Art. L. 225-102-4, Code de commerce.

⁵⁰ Art. L. 225-102-4, Code de commerce.



« *permanents* », quand ce critère n'est pas évoqué par le droit européen ; la période de référence du calcul qui diffère selon les dispositifs ou n'est pas précisée ; enfin, la disparité des termes employés (salariés, emploi, effectif) qui rend complexe la lecture des différents dispositifs.

On présentera d'abord les dispositifs qui figurent dans le Code de commerce :

- pour le **rapport de gestion**, les seuils édictés par l'article L. 123-16 du Code de commerce sont fonction du « *nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice* » ; la même formule est employée pour la **déclaration des paiements aux gouvernements**⁵¹ ; la transposition est conforme ;

- en revanche, pour les seuils commandant l'édition d'un **rapport de gestion consolidé** il est fait état du « *nombre moyen de salariés* »⁵², sans qu'il soit indiqué « *au cours de l'exercice* » ;

- pour la **déclaration de performance extra-financière**⁵³, le texte retient le « *nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice* » ; on note que la transposition n'est pas conforme étant donné que la condition tenant à ce que les *salariés* soient *permanents* ne figure pas dans la directive 2013/34/UE qui est la source de la disposition⁵⁴ ;

- pour la **politique de diversité**, en revanche, l'expression employée est celle de « *nombre moyen de salariés permanents* » sans qu'il soit indiqué « *au cours de l'exercice* » ; la transposition est ici doublement défailante, par l'ajout de la condition tenant à ce que les *salariés* soient *permanents* comme par l'oubli de la référence à la période d'appréciation ;

- pour l'obligation de **parité aux conseils**, de source nationale, c'est l'expression « *emploient un nombre moyen d'au moins deux cent cinquante salariés permanents* » qui est retenue⁵⁶ ;

- l'obligation d'établir un **plan de vigilance**, également de source nationale ne fait pas mention de la permanence de l'emploi⁵⁷ (« *qui emploie [..] au moins cinq mille salariés* »)⁵⁸.

⁵¹ Art. R. 225-105-3, Code de commerce.

⁵² Art. R. 233-16, Code de commerce.

⁵³ Art. R. 225-104, Code de commerce et R. 22-10-29 al. 1, Code de commerce.

⁵⁴ On observe également que l'article R. 225-104 du Code de commerce précise que « Le nombre moyen de salariés permanents est déterminé conformément aux dispositions de l'article D. 210-21 » ce qu'il n'avait pas besoin de faire étant donné que l'article D. 210-21 s'applique à l'intégralité du Livre II du Code de commerce.

⁵⁵ Art. R. 22-10-29 al. 2, Code de commerce.

⁵⁶ Art. L. 225-18-1, Code de commerce ; Art. L. 225-69-1, Code de commerce.

⁵⁷ Ni du « nombre moyen » mais comme l'objectif est de réaliser une photographie instantanée, cela est logique.

⁵⁸ Art. L. 225-102-4, Code de commerce ; sur la difficulté de ce décompte pour le plan de vigilance, v. Le Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, du 24 février 2022, AN n° 5124, citant le rapport de la mission d'évaluation du Conseil général de l'économie, de



Si les expressions varient, au moins sait-on, pour ces dispositifs, comment calculer un nombre moyen de salariés et ce que recouvre l'expression *salariés permanents*. Le Code de commerce comporte en effet un article D. 210-21 qui explicite le mode de calcul de l'effectif salarié ; il dispose que « pour l'application des dispositions du présent livre, l'effectif salarié est déterminé selon les dispositions du dernier alinéa de l'article D. 123-200. Les catégories de personnes incluses dans l'effectif de salariés permanents mentionné au présent livre, sont les salariés à temps plein, titulaires d'un contrat à durée indéterminée ». Et le dernier alinéa de l'article D. 123-200 renvoie à l'article L.130-1 du Code de la sécurité sociale pour l'appréciation de l'effectif salarié moyen⁵⁹.

13 - Pour les dispositions situées *en dehors du code de commerce*, on constate le même désordre, sans le secours des définitions du Code de commerce⁶⁰ :

- le **dispositif d'alerte** de l'article 8 de la loi Sapin 2 ne fait état que des « *salariés* », sans autre précision et le décret d'application renvoie à l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale et au premier alinéa de l'article L. 2322-2 du Code du travail⁶¹. Deux difficultés naissent de ce renvoi :

⁵⁸ (suite) *l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGE) « pour le calcul des effectifs salariés en France, en l'absence de règles particulières, les règles sociales habituelles s'appliquent, à savoir le calcul des effectifs moyens en équivalents temps plein de l'année considérée, en appliquant les règles prévues par le Code du travail ». Si cette règle est effectivement appliquée par de nombreux chercheurs et associations, certains soulèvent toutefois le risque de contentieux – faible mais réel – que pose cette imprécision législative, et rappellent « qu'il reviendra au juge de confirmer ou d'écarter » cette hypothèse. Outre ce risque contentieux, le rapport du CGE note également que « pour les effectifs à l'étranger, [la] comptabilisation est plus incertaine » ; tant l'application des règles sociales de calcul habituelles que l'impossibilité d'identifier, pour les sociétés étrangères fiscalement intégrées dans un groupe international, la seule partie française susceptible d'être concernée par la loi sur le devoir de vigilance font peser un doute sur le champ précis d'application de la loi. La Fédération du commerce et de la distribution, dans la contribution écrite qu'elle a adressée à vos rapporteurs, a confirmé ces risques, et considère que les règles sont incertaines – et donc nécessairement variables – s'agissant des modalités de calcul des effectifs à l'étranger ».*

⁵⁹ Art. L. 130-1, Code de la sécurité sociale :

« I.- Au sens du présent code, l'effectif salarié annuel de l'employeur, y compris lorsqu'il s'agit d'une personne morale comportant plusieurs établissements, correspond à la moyenne du nombre de personnes employées au cours de chacun des mois de l'année civile précédente. Par dérogation au premier alinéa du présent I, pour l'application de la tarification au titre du risque " accidents du travail et maladies professionnelles ", l'effectif pris en compte est celui de la dernière année connue.

L'effectif à prendre en compte pour l'année de création du premier emploi salarié titulaire d'un contrat de travail dans l'entreprise correspond à l'effectif présent le dernier jour du mois au cours duquel a été réalisée cette première embauche. Un décret en Conseil d'État définit les catégories de personnes incluses dans l'effectif et les modalités de leur décompte.

II.- Le franchissement à la hausse d'un seuil d'effectif salarié est pris en compte lorsque ce seuil a été atteint ou dépassé pendant cinq années civiles consécutives.

Le franchissement à la baisse d'un seuil d'effectif sur une année civile a pour effet de faire à nouveau courir la règle énoncée au premier alinéa du présent II. »

⁶⁰ Le Code du travail, par exemple, ne connaît pas la notion de « salarié permanent » et impose des calculs d'effectif prenant en compte les salariés à temps partiel ou titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, v. art. 1111-2 du Code du travail.

⁶¹ Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017, art. 3. I : « Pour les personnes morales de droit privé (...), le seuil de cinquante salariés prévu au III de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée est déterminé selon les modalités prévues au I de l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale et au premier alinéa de l'article 2322-2 du Code du travail », sachant que l'article L. 2322-2, applicable au comité d'entreprise, a été abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386.



tout d'abord, l'article L. 2322-2 est désormais abrogé ; ensuite, même lorsqu'il était en vigueur, les modalités de calcul qu'il appliquait étaient différentes de celles prévues à l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale Il faut donc espérer que la modification du décret d'application à la suite de l'adoption de la loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte⁶² remédiera à ces difficultés ;

- l'obligation de mettre en place un **plan anticorruption**, prévue par l'article 17 de la même loi, vise également « *les salariés* », mais sans qu'un décret ne vienne préciser le mode de calcul du nombre de ces salariés ;

- pour le **bilan des émissions de gaz à effet de serre** et le **plan de transition**, on parle des personnes morales « *employant plus de cinq cents [ou 250] personnes* »⁶³ ;

- pour l'**audit énergétique**, c'est la formule « *dont l'effectif est supérieur ou égal à 250 personnes* »⁶⁴ qui est retenue ; l'article R. 233-1 du Code de l'énergie précise que « *l'effectif correspond au nombre d'unités de travail par année (UTA)* »⁶⁵, le temps partiel étant pris en compte en fraction d'UTA⁶⁶, ce ne sont donc pas les salariés permanents qui sont ici comptabilisés ;

- l'obligation de publier les écarts de représentation entre les femmes et les hommes parmi les cadres dirigeants et les **instances dirigeantes** et d'atteindre un ratio d'au moins 30% en 2027 et 40% en 2030 renvoie sans doute implicitement à l'article L. 1111-2 du Code du travail qui définit le mode de calcul des effectifs pour l'application des dispositions de ce code⁶⁷, encore que l'on peut hésiter avec l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale. La même remarque peut être faite quant à l'**index d'égalité homme-femme**.

ii) Quand calculer ?

Ici encore, en fonction des dispositions, ce ne sont ni les mêmes durées, ni les mêmes moments qui sont retenus. Le nombre d'exercices comptables à prendre en compte diffère significativement pour

⁶² Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

⁶³ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

⁶⁴ Art. R. 233-2, Code de l'énergie.

⁶⁵ L'article 3 du décret n° 2008-1354 renseigne que « *l'effectif correspond au nombre d'unités de travail par année (UTA), c'est-à-dire au nombre de personnes ayant travaillé dans l'entreprise considérée ou pour le compte de cette entreprise à temps plein pendant toute l'année considérée* ». Ce n'est pas étonnant étant donné que ce décret « *relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique* » reprend les seuils de la recommandation 2003/361/CE.

⁶⁶ C'est-à-dire, précise la disposition, « *au nombre de personnes ayant travaillé dans la personne morale considérée ou pour le compte de cette personne morale à temps plein pendant toute l'année considérée. Le travail des personnes n'ayant pas travaillé toute l'année ou ayant travaillé à temps partiel, quelle que soit sa durée, ou le travail saisonnier, est compté comme fractions d'UTA* ».

⁶⁷ Art. L. 1142-11, Code du travail.



le calcul des seuils, de même que le moment d'appréciation des seuils. Plus grave : parfois, aucune indication n'est donnée concernant la période et le moment auxquels ces seuils sont évalués.

14 - Au terme d'un exercice comptable. Pour déterminer si l'obligation d'établir une **déclaration de performance extra-financière**⁶⁸ est due, il convient de se placer à la clôture du *dernier exercice* (seuils « évalués à la date de clôture de l'exercice » et nombre de salariés « employés au cours de l'exercice »). Il en va de même pour la **déclaration des paiements aux gouvernements**⁶⁹.

15 - Au terme de deux exercices comptables consécutifs :

- l'obligation d'établir un **rapport de gestion**⁷⁰ est déclenchée si les seuils sont dépassés « au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle », et l'effectif salarié pris en compte est le « nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice », mais le dépassement des seuils n'a d'incidence que s'il se produit pendant *deux exercices consécutifs*⁷¹ ;

- de la même manière, l'**audit énergétique** doit être réalisé si « pour les *deux derniers exercices comptables précédant la date d'obligation d'audit* », les seuils sont dépassés⁷² ;

- le **plan de vigilance** s'impose aux « sociétés, qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs » le nombre de salariés requis⁷³. La logique est alors davantage celle d'une photographie instantanée à la sortie de l'exercice ;

- pour la **politique de diversité**, il est précisé que les modalités de calcul des seuils sont les mêmes que pour le rapport de gestion⁷⁴. Mais il n'est pas fait état de la durée de prise en compte, ni du moment d'évaluation⁷⁵. Ainsi sont tenues à la publication d'une politique de diversité les entreprises qui dépassent les seuils prévus mais on ne sait pas à quel moment ni sur quelle durée. La *ratio legis* voudrait que ce soit au titre du dernier exercice comptable et pour un dépassement durant deux années, comme pour le rapport de gestion.

⁶⁸ Art. R. 225-104, Code de commerce et art. R. 22-10-29, Code de commerce.

⁶⁹ Art. R. 225-105-3, Code de commerce., art. L. 225-102-3, Code de commerce.

⁷⁰ Art. D. 123-200, Code de commerce.

⁷¹ Art. L. 123-16, Code de commerce.

⁷² Art. R. 233-2, Code de l'énergie.

⁷³ Art. L. 225-102-4, Code de commerce.

⁷⁴ L'article R. 22-10-29 du Code de commerce fait référence à D. 123-200 du même code.

⁷⁵ Alors que la déclaration de performance extra-financière, dont les seuils sont énoncés au même article R. 22-10-29 du Code de commerce, fait bien la précision et le départ avec le moment d'évaluation prévu par l'art. D. 123-200 du Code de commerce.



16 - Au terme de trois exercices comptables consécutifs :

- les obligations de **parité dans les conseils d'administration et de surveillance** doivent être respectées après la prochaine assemblée quand un dépassement des seuils a eu lieu durant trois exercices consécutifs⁷⁶ ;

- c'est la même logique qui est retenue par la loi Rixain pour la publication des écarts de représentation et l'atteinte des objectifs de mixité au sein des **instances dirigeantes**, qui concernent « les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins mille salariés »⁷⁷.

17 - Suffit-il d'une fois ?

- Pour la loi Sapin 2, que ce soit le **dispositif d'alerte** (art. 8) ou la mise en place d'un **plan anticorruption** (art. 17) ainsi que pour l'**index d'égalité homme-femme**, *aucune période ou moment de calcul ne sont indiqués*. Suffit-il donc de dépasser le seuil de salariés une fois pour être contraint à ces obligations ?⁷⁸

- La même logique est à l'œuvre concernant le **bilan des émissions de gaz à effet de serre** et le **plan de transition**, il n'est pas précisé quand le seuil de 250 ou 500 personnes doit être atteint, ni sur quelle durée⁷⁹.

18 - On observe également que le *procédé de légistique* est différent suivant les articles, certains procédant par renvoi à des dispositions réglementaires alors que d'autres prévoient les seuils et les modalités de calcul dans des dispositions législatives.

1.1.1.3 - La diversité des combinaisons

19 - Une fois identifiés et calculés conformément aux indications données pour chacun, les seuils doivent être combinés, or la manière de combiner est rarement identique. Parfois, sur le modèle de la directive 2013/34/UE, il suffit que deux seuils sur trois soient franchis peu important les seuils. Dans d'autres cas, les seuils sont alternatifs ou cumulatifs⁸⁰.

⁷⁶ Art. L. 225-18-1, Code de commerce ; art. L. 225-69-1, Code de commerce.

⁷⁷ Art. 1142-11 et s., Code du travail.

⁷⁸ Concernant le dispositif de recueil des signalements prévu à l'article 8, l'abrogation de l'article L. 2322-2 du Code du travail auquel fait référence l'article 3.1 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 rend ce renvoi inutile. Sans renvoi exprès au nouvel article L. 2311-2 du Code du travail, il est impossible de savoir si celui-ci s'applique.

⁷⁹ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

⁸⁰ Pour l'audit énergétique, si la recommandation 2003/361/CE était bien transposée, l'obligation serait déclenchée dès lors qu'un seuil de salariés et qu'un seuil de bilan ou de chiffre d'affaires seraient dépassés, mais la transposition impose une alternative entre un seuil de salariés ou une combinaison de seuils de bilan et chiffre d'affaires.



20 - Deux seuils sur trois, peu important les seuils. Le droit français reprend, pour certains dispositifs, la combinaison européenne :

- s'agissant du contenu extra-financier du **rapport de gestion**⁸¹ et du **rapport sur le gouvernement d'entreprise**⁸², le droit français y soumet les *moyennes et grandes entreprises*⁸³, conformément à la directive 2013/34/UE⁸⁴, transposition conforme ;

- concernant la **déclaration des paiements faits aux gouvernements**, le droit français l'impose aux *grandes entreprises* (40 M€ de chiffre d'affaires ; 20 M€ bilan ; 250 salariés) en reprenant les critères de la directive 2013/34/UE et son mode de calcul (deux critères sur trois, chiffre d'affaires net, nombre moyen de salariés) , transposition conforme ;

- pour la **politique de diversité**, l'article R. 22-10-29 al. 2 du Code de commerce prévoit que « *les sociétés concernées sont celles qui dépassent deux des trois seuils suivants : un total de bilan de 20 millions d'euros, un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros, un nombre moyen de salariés permanents de 250* », soit les *grandes entreprises* au sens européen et cotées⁸⁵ ; transposition conforme.

21 - Le nombre de salariés et l'un ou l'autre des autres seuils. Pour d'autres dispositifs, la combinaison est plus originale :

- la **déclaration de performance extra-financière** est obligatoire pour les sociétés non cotées dont le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent « *100 millions d'euros pour le total du bilan, 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice* »⁸⁶. L'article 19 bis de la directive 2013/34/UE consolidée prévoit quant à elle que cette obligation concerne les entités

⁸¹ Art. L. 232-1, Code de commerce en combinaison avec art. L. 123-16 C et D. 123-200, Code de commerce.

⁸² Art. L. 22-10-10, L. 22-10-78 et R. 22-10-29, Code de commerce en combinaison avec D. 123-200 et D. 210-21, Code de commerce.

⁸³ L'article L. 123-16 du Code de commerce précisant que « *sont des moyennes entreprises au sens du présent article les commerçants, personnes physiques ou personnes morales, pour lesquels, au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle, deux des trois seuils suivants, dont le niveau et les modalités de calcul sont fixés par décret, ne sont pas dépassés : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice* » et l'article D. 123-200 reprend bien les mêmes seuils que ceux de la Directive. L'article L. 232-1 du Code de commerce exempte les petites entreprises de l'obligation de publier un rapport de gestion. Une telle exemption est prévue pour les petites entreprises par l'article 19.3 de la directive 2013/34/UE.

⁸⁴ La Directive a aussi prévu que les États-membres pouvaient exempter les moyennes entreprises de l'obligation d'indiquer dans le rapport de gestion les informations non financières (art. 19.4).

⁸⁵ Art. 20.1 g), Directive 2013/34/UE à lire en combinaison avec l'article 20.5.

⁸⁶ Art. R. 225-104, Code de commerce.



d'intérêt public⁸⁷ « dépassant, à la date de clôture de leur bilan, le critère du nombre moyen de 500 salariés sur l'exercice ». Sur-transposition de la directive⁸⁸ ;

- la **déclaration de performance extra-financière** est également exigée, alourdie, des grandes entreprises cotées qui emploient plus de 500 salariés⁸⁹ ; cette combinaison est celle de l'article 19 bis de la directive 2013/34/UE car le critère de 500 salariés est obligatoire et le dépassement d'un des deux autres critères suffit à déterminer que la société est une grande entreprise au sens européen⁹⁰, transposition conforme ;

- pour les **obligations de parité dans les conseils d'administration**⁹¹ et de surveillance⁹², le critère est que la société emploie « un nombre moyen d'au moins 250 salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros ». La disposition nationale, est une curiosité au niveau de la combinaison des seuils.

22 - Le nombre de salariés ou les deux autres seuils. Concernant l'**audit énergétique**, l'article R. 233-2 du Code de l'énergie transpose maladroitement la recommandation 2003/361/CE : l'obligation est déclenchée quand l'entreprise a plus de 250 salariés ou (au lieu de et) quand le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 50 M€ et (au lieu de *ou*) le total de bilan à 43 M€⁹³ ; transposition non conforme.

23 - Le nombre de salariés et le chiffre d'affaires. L'article 17 de la loi Sapin 2 soumet à l'obligation d'établir un **plan anti-corruption** les sociétés dont « l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros ». La disposition est purement nationale.

⁸⁷ Comme cela a déjà été précisé, la définition des entités d'intérêt public en droit français ne recouvre pas les grandes entreprises, mais uniquement des entreprises exerçant dans des secteurs particuliers ou des sociétés cotées.

⁸⁸ Cela dit, le critère de salariés a été correctement transposé, la transposition y ajoutant uniquement le fait que les salariés doivent être permanents. Également, la formulation « le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent » n'est pas de la plus grande clarté et ne suit pas la méthode européenne (non obligatoire en l'espèce) de deux critères sur trois, sans donner plus d'importance à un critère qu'à un autre, mais cela est dû au fait que le critère de 500 salariés est obligatoire.

⁸⁹ Art. R. 22-10-29, Code de commerce.

⁹⁰ La transposition semble conforme sur ce point.

⁹¹ Art. L. 225-18-1, Code de commerce.

⁹² Art. L. 225-69-1, Code de commerce.

⁹³ La Directive ne précisant pas si le chiffre d'affaires doit être net ou hors taxe, d'où le silence de l'art. R. 233-2 sur ce point. La transposition a été mal faite, la Directive a comme critère de PME celles qui « occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ». Alors que l'article R. 233-2 pose le critère du nombre de salariés comme alternatif par rapport à une combinaison des critères de chiffre d'affaires et de bilan.



24 - Le nombre de salariés seulement. Le seuil est parfois défini exclusivement en nombre de salariés.

- L'obligation de mettre en place un **dispositif d'alerte** (art. 8, de la loi Sapin 2) s'impose aux sociétés employant plus de 50 salariés ; le seuil retenu est celui qui est aujourd'hui imposé par la directive 2019/1937/UE ; transposition conforme.

- Les obligations de publier un **bilan des émissions des gaz à effet de serre et un plan de transition**, l'obligation de mettre en place un **plan de vigilance**⁹⁴ ainsi que les obligations relatives à l'**index d'égalité homme-femme**⁹⁵ et en matière de **parité au sein des instances dirigeantes**⁹⁶ sont de source nationale ; elles ne retiennent que le critère du nombre de salariés sur la pertinence duquel on peut s'interroger s'agissant notamment du bilan des émissions de gaz à effet de serre et du plan de transition.

25 - Le désordre est édifiant. Pourtant, ces dispositifs partagent pour beaucoup le même objectif, aussi la recherche du bon point d'appui de la réglementation, c'est-à-dire de la taille à partir de laquelle l'activité de l'entreprise peut avoir un impact significatif sur son environnement, devrait emprunter la même démarche et aboutir aux mêmes résultats.

1.1.2 - La cotation

26 - Le deuxième critère de déclenchement de certains dispositifs de prévention des risques extra-financiers est la cotation des actions ou des titres de la société sur un marché réglementé. La cotation est également un critère rationnel : l'information exigée des émetteurs cotés vient éclairer le choix des investisseurs, elle contribue également à la formation du cours de l'instrument financier ; par ailleurs, un marché correctement informé peut être un puissant facteur de transformation vertueuse des entreprises.

27 - Un critère autonome et suffisant. La cotation est parfois un critère suffisant, c'est le cas pour les dispositifs qui ont leur source dans la directive 2017/828/UE (Droit des actionnaires 2) et pour ceux qui sont issus de la directive 2013/34/UE applicables aux entités d'intérêt public (EIP).

⁹⁴ Le critère de 5 000 salariés correspond à celui utilisé pour qualifier les grandes entreprises par le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique. Cependant, ce décret pose également une condition cumulative de chiffre d'affaires ou de bilan. Le rapport d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi sur le devoir de vigilance préconise un abaissement du seuil en nombre de salariés et un seuil alternatif en chiffre d'affaires (Rapport AN n° 5124 du 24 février 2022, sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre).

⁹⁵ Art. L. 1142-8 du Code du travail.

⁹⁶ Art. L. 1142-11 du Code du travail.



- Toutes les sociétés dont les *actions* sont cotées sur un marché réglementé sont tenues aux règles spéciales gouvernant la **rémunération des dirigeants sociaux**⁹⁷.
- Toutes les sociétés dont les *titres* sont cotés sur un marché réglementé sont tenues aux règles spéciales gouvernant **la déclaration des paiements faits aux gouvernements**⁹⁸.
- Toutes les sociétés dont les *actions* sont cotées sur un marché réglementé sont tenues de respecter **l'obligation de parité au sein des conseils d'administration et de surveillance**⁹⁹.

28 - Un critère additionnel à celui de la taille. La cotation est parfois un critère nécessaire mais non suffisant et doit être combiné avec le critère de la taille :

- seules les *grandes entreprises* dont les actions sont cotées sur un marché réglementé sont tenues d'être dotées d'une **politique de diversité**¹⁰⁰. La France a sur-transposé l'obligation aux *grandes entreprises* dont les *titres* (et non seulement les actions) sont admis aux négociations sur un marché réglementé¹⁰¹.
- les *grandes entreprises* ne sont soumises à l'obligation de publier une **déclaration de performance extra-financière** que si elles emploient au moins 500 salariés et que leurs titres sont cotés sur un marché réglementé¹⁰².

29 - Un critère d'alourdissement des obligations. Dans la plupart des cas, la cotation emporte non pas déclenchement des dispositifs, mais renforcement des obligations édictées par ces dispositifs : le **rapport de gestion** est alourdi (notamment la stratégie bas carbone)¹⁰³, le **rapport sur le gouvernement d'entreprise** également¹⁰⁴, ainsi que la **déclaration de performance extra-financière**¹⁰⁵ (comprenant des informations quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale).

⁹⁷ Art. L. 22-10-8 et L. 22-10-9, L. 22-10-34, L. 22-10-76 et L. 22-10-77, Code de commerce.

⁹⁸ L. 225-102-3 renvoyant à L. 123-16-2 ; L. 226-1 et L. 229-1, Code de commerce.

⁹⁹ Art. L. 22-10-3 et L. 22-10-74, Code de commerce.

¹⁰⁰ Art. 19, Directive 2013/34/UE issu de la Directive 2014/95/UE.

¹⁰¹ Art. L. 22-10-10, 2°, Code de commerce.

¹⁰² Art. 19 bis et 2.1 a), Directive 2013/34/UE. Le droit français a également soumis à l'obligation les très grandes entreprises non cotées.

¹⁰³ Art. L. 22-10-35 Code de commerce.

¹⁰⁴ Art. L. 22-10-9, Code de commerce.

¹⁰⁵ Art. L. 22-10-36, Code de commerce.



1.1.3 - L'activité

L'activité de la société, enfin, peut justifier le déclenchement des dispositifs de prévention des risques extra-financiers, alors même que ces dispositifs sont prévus non par un texte sectoriel, mais par le Code de commerce.

30 - Un critère autonome et suffisant. Il s'agit parfois d'un critère autonome et suffisant ; il en est ainsi pour :

- **les établissements SEVESO.** L'article L. 225-102-2 du Code de commerce issu de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la *prévention des risques technologiques et naturels* et à la réparation des dommages (établissements SEVESO) prévoit des obligations particulières à la charge des sociétés exploitant un tel établissement ;

- **les entités d'intérêt public (EIP),** c'est-à-dire, outre les sociétés dont les actions sont cotées sur un marché réglementé, certains *établissements de crédit et entreprises d'assurance*¹⁰⁶ sont traités par le droit européen comme des *grandes entreprises* indépendamment de leur chiffre d'affaires, du total de leur bilan ou du nombre de leurs salariés. Ces entités sont donc soumises aux dispositifs extra-financiers (indicateurs de performance extra-financière du rapport de gestion, déclaration des paiements aux gouvernements, déclaration de performance extra-financière), sans pouvoir bénéficier des simplifications et exemptions prévues par la directive 2013/34/UE au bénéfice des PME¹⁰⁷.

31 - Un critère additionnel à celui de la taille. Parfois, le critère de l'activité vient s'ajouter à celui de la taille.

- **Entreprises actives dans les activités extractives et l'exploitation des forêts primaires.** La *déclaration des paiements aux gouvernements*, prévue à l'article L. 225-102-3, I du Code de commerce

¹⁰⁶ Art. 2.1., Directive 2013/34/UE : 1) « entités d'intérêt public », les entreprises relevant du champ d'application de l'article 1^{er} qui sont :

a) régies par le droit d'un État membre et dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (1) ;

b) des établissements de crédit définis à l'article 4, point 1), de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (2), autres que ceux visés à l'article 2 de ladite directive ;

c) des entreprises d'assurance au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 91/674/CEE du Conseil du 19 décembre 1991 concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (3), ou

d) désignées par les États membres comme entités d'intérêt public, par exemple les entreprises qui ont une importance publique significative en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés.

¹⁰⁷ Art. 40, Directive 2013/34/UE. La définition de l'EIP est posée à l'art. L. 820-1 du Code de commerce car la notion est également utilisée pour définir la mission des commissaires aux comptes. Pour autant les textes relatifs aux dispositifs extra-financiers ne renvoient pas à cet article, mais à l'article L. 123-16-2 situé dans la partie du Code de commerce dévolue aux obligations comptables des commerçants, qui n'établit pas exactement la même liste que l'article L. 820-1. La mise en œuvre des dispositifs n'en est pas facilitée.



n'est due que des grandes entreprises dont tout ou partie des activités consiste en l'exploration, la prospection, la découverte, l'exploitation ou l'extraction d'hydrocarbures, de houille et de lignite, de minerais métalliques, de pierres, de sables et d'argiles, de minéraux chimiques et d'engrais minéraux, de tourbe, de sel ou d'autres ressources minérales ou en l'exploitation de forêts primaires.

1.1.4 - La forme sociale

32 - La plupart des dispositifs de prévention de risques extra-financiers s'appliquent indifféremment de la forme sociale de l'entreprise, car si la taille, la cotation ou encore l'activité de l'entreprise sont des points d'appui rationnels de la réglementation, on ne voit pas de justification au critère de la forme sociale. Le sort réservé à la SAS apparaît à cet égard comme une incongruité.

33 - *Les dispositifs hors du Code de commerce s'appliquent à toutes les formes sociales.* Certains dispositifs de prévention des risques extra-financiers s'appliquent aux *personnes morales de droit privé*. S'agissant de l'**audit énergétique**, le Code de l'énergie vise les « *personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés ainsi que les personnes morales de droit privé mentionnées à l'article L. 612-1 du Code de commerce* »¹⁰⁸ ; pour le **bilan des émissions de gaz à effet de serre et le plan de transition**, le Code de l'environnement vise les « *personnes morales de droit privé* »¹⁰⁹ ; l'article 8 de la loi Sapin 2 impose aux « *personnes morales de droit public ou de droit privé* » dépassant un certain seuil de mettre en place un **dispositif d'alerte** tandis que l'art. 17 de la même loi impose aux dirigeants d'une « *société* » suffisamment grande de mettre en place un **plan anti-corruption**. Les nouveaux articles 1833 et 1835 du Code civil issus de **loi PACTE** s'appliquent également à toute société. Quant au point d'appui de la loi Rixain et de l'index d'égalité homme-femme sur la **mixité au sein des instances dirigeantes**, il s'agit de l'entreprise¹¹⁰. Les dispositifs du Code du travail s'appliquent de manière générale à « *l'employeur* ».

34 - *Les dispositifs du code de commerce s'appliquent aux sociétés anonymes et, par renvoi, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés européennes (SE).* Il en va ainsi des indicateurs de performance extra-financière du **rapport de gestion**¹¹¹, information spécifique due par les **établissements SEVESO**¹¹², **déclaration des paiements aux gouvernements**¹¹³,

¹⁰⁸ Art. L. 233-1, Code de l'énergie.

¹⁰⁹ Art. L. 229-25, Code l'environnement.

¹¹⁰ Art. L. 1142-11 et s., Code du travail.

¹¹¹ Art. L. 226-1, Code de commerce et L. 229-8, Code de commerce par renvoi vers l'article L. 225-100-1 2°, Code de commerce.

¹¹² Art. L. 226-1, Code de commerce et L. 229-8, Code de commerce par renvoi vers l'article L. 225-100-2-2, Code de commerce.

¹¹³ Art. L. 226-1, Code de commerce et L. 229-8, Code de commerce par renvoi vers l'article L. 225-100-2-3, Code de commerce.



déclaration de performance extra-financière¹¹⁴ , plan de vigilance¹¹⁵, obligation de parité dans les organes d'administration et de surveillance¹¹⁶ ainsi que la politique de diversité et la politique de rémunération des dirigeants sociaux¹¹⁷ qui ne visent que les sociétés cotées.

35 - Le cas de la société par actions simplifiée (SAS). Le cas de la SAS est particulier : les SAS sont soumises à l'ensemble des dispositifs applicables aux personnes morales de droit privé, aux sociétés et aux entreprises (bilan des émissions de gaz à effet de serre et plan de transition, audit énergétique, dispositif d'alerte et plan anti-corruption de la loi Sapin 2, loi PACTE, index d'égalité homme-femme et loi Rixain sur la parité au sein des instances dirigeantes). Elles ont également été assujetties à certains dispositifs prévus pour les sociétés anonymes : la publication du rapport sur les paiements faits aux gouvernements¹¹⁸ et le plan de vigilance¹¹⁹. Ne pouvant être cotées, les SAS échappent en revanche aux exigences en matière de politique de diversité et de rémunération des dirigeants sociaux.

L'interrogation vient de l'exemption de ces sociétés de l'obligation de publier des indicateurs de performance non financière dans leur rapport de gestion¹²⁰, de l'obligation d'établir et de publier une déclaration de performance extra-financière¹²¹ et de l'obligation de respecter une certaine parité dans les organes d'administration ou de surveillance¹²².

S'agissant du contenu du **rapport de gestion** et de l'obligation de publier une **déclaration de performance extra-financière**, une telle omission va directement à l'encontre des prévisions du droit européen, les SAS étant expressément référencées au nombre des formes sociales soumises

¹¹⁴ Art. L. 226-1, Code de commerce et L. 229-8, Code de commerce par renvoi vers l'article L. 225-100-2-1, Code de commerce.

¹¹⁵ Art. L. 226-1, Code de commerce et L. 229-8, Code de commerce par renvoi vers l'article L. 225-100-2-4, Code de commerce.

¹¹⁶ Art. L. 226-4-1, Code de commerce et, art. L. 229-7, Code de commerce par renvoi à l'article L. 225-18-1, Code de commerce.

¹¹⁷ Art. L. 22-10-10 2°, Code de commerce et article L. 22-10-78, Code de commerce par renvoi à l'article L. 22-10-10 2° du même code. Art. L. 229-1, Code de commerce par renvoi aux articles L. 22-10-4, L. 22-10-8, L. 22-10-9, L. 22-10-14 à L. 22-10-17, L. 22-10-19, L. 22-10-34, du même code ; art. L. 22-10-75 à L. 22-10-77, Code de commerce.

¹¹⁸ L. 225-102-3, Code de commerce, sur renvoi de l'art. L. 227-1 du même code.

¹¹⁹ L. 225-102-4, Code de commerce, sur renvoi de l'art. L. 227-1 du même code. On ne saurait tirer argument de ce que l'article L. 225-102-4 prévoit la publication du plan dans le rapport prévu à l'article L. 225-100 qui n'est pas applicable aux SAS pour faire échapper ces sociétés du champ d'application du plan de vigilance ; la référence à l'article L. 225-100 a pour seul objet de désigner le rapport de gestion, or la SAS est bien soumise à l'obligation d'établir un rapport de gestion par l'article L. 232-1 du Code de commerce qui figure dans les dispositions communes applicables aux sociétés commerciales.

¹²⁰ L'article L. 227-1 du Code de commerce écarte l'application à la SAS des articles L. 225-100 et L. 225-100-1.

¹²¹ L'article L. 227-1 du Code de commerce écarte l'application à la SAS de l'article L. 225-102-1.

¹²² L'article L. 227-1 du Code de commerce écarte l'application à la SAS de l'article L. 225-18-1 (parité).



à la directive 2013/34/UE¹²³ ; par ailleurs, substantiellement, il est difficile de justifier l'exemption : du moment que la publication d'informations non financières a comme logique sous-jacente d'informer le public sur les risques extra-financiers liés à l'activité des grandes sociétés, leur forme sociale devrait être indifférente.

Pour ce qui est de **la parité au sein des conseils**, la différence est essentiellement technique. Comme les SAS organisent leur gestion librement, la référence aux organes d'administration et de surveillance de la SA n'a pas grand sens. Cependant, ici encore, la *ratio legis* voudrait que les SAS qui sont des grandes entreprises promeuvent la parité¹²⁴.

1.2 - Le groupe

36 - La logique de la prise en compte du groupe. Les obligations mises à la charge des sociétés par les dispositifs de prévention des risques financiers pèsent non seulement sur la société qui dépasse certains seuils, mais également sur la société mère d'un groupe qui franchit certains seuils. La prise en compte du groupe s'impose pour éviter qu'une entreprise ne tente d'échapper à ses obligations en créant une structure de groupe, chaque entreprise au sein du groupe restant en deçà des seuils de déclenchement des obligations¹²⁵.

Cette justification devrait logiquement emporter deux conséquences :

- le seuil de déclenchement de l'obligation devrait être identique pour l'entreprise considérée individuellement et pour le groupe ;
- la publication d'une information consolidée ou la réalisation d'un plan à l'échelle du groupe par la société mère pourrait dispenser les sociétés contrôlées de la publication des informations ou de la mise en place du plan, ce qui allègerait alors les obligations pesant sur les filiales.

En réalité, on constate que :

- les seuils ne sont pas nécessairement les mêmes lorsqu'il s'agit de déclencher l'obligation à l'égard d'une société considérée individuellement et d'un groupe ;
- l'exemption des sociétés contrôlées n'est pas la règle ;
- on ajoutera que le groupe est défini différemment selon les dispositifs de sorte que son périmètre varie selon la réglementation.

¹²³ Annexe 1, Directive 103/34/UE.

¹²⁴ Il devrait en aller de même d'ailleurs de la représentation des salariés aux organes d'administration.

¹²⁵ Cons. 6, Directive 2013/34/UE.



37 - L'identité des seuils. Alors qu'en droit européen un *grand groupe* est défini à l'aide des mêmes seuils qu'une *grande entreprise*, en droit français le *grand groupe* est souvent plus grand que la *grande entreprise*. En effet, lorsque le groupe est défini à partir de l'article L. 233-16 du Code de commerce, les seuils édictés par l'article R. 233-16¹²⁶ sont ceux de la directive 2013/34/UE mais augmentés de 20%, option qui paraît ouverte par la directive, sous certaines conditions dont nous ne sommes pas parvenus à comprendre si elles étaient réellement réunies en droit français¹²⁷.

Cela a pour conséquence que les groupes français se situant entre 20 et 24 M€ de bilan et entre 40 et 48 M€ de chiffre d'affaires net (si au moins l'un des autres critères est rempli) ne sont pas soumis aux obligations de la directive 2013/34/UE applicables aux *grandes entreprises*, s'agissant notamment des indicateurs extra-financiers du rapport de gestion.

Par ailleurs, on peine à comprendre pourquoi, s'agissant de la déclaration de performance extra-financière des sociétés cotées, l'option n'a pas été reprise, de sorte que le groupe n'est pas défini de la même manière que pour le rapport de gestion consolidé¹²⁸.

38 - L'exemption des sociétés contrôlées. À titre liminaire, le droit français, à l'inverse du droit allemand, n'a pas saisi la possibilité offerte très tôt par le droit européen¹²⁹ d'exempter les sociétés consolidées des obligations liées à la publication des états financiers annuels et du rapport de gestion si leur société mère publie des comptes consolidés. En revanche, le droit français, conformément à la directive 2013/34/UE¹³⁰ dispense les sociétés qui devraient établir des comptes consolidés de cette obligation si elles sont elles-mêmes comprises dans les comptes consolidés de leur société-mère¹³¹ et si un actionnaire ne représentant pas plus de 10% du capital ne s'y oppose pas.

¹²⁶ Applicable par renvoi de l'article L. 233-17 du Code de commerce.

¹²⁷ L'article 3.8 prévoit que « Les États membres autorisent que, pour le calcul des limites chiffrées indiquées aux paragraphes 5 à 7 du présent article [les seuils des groupes], il ne soit pas procédé à la compensation visée à l'article 24, paragraphe 3, et à toute élimination découlant de l'article 24, paragraphe 7. Dans de tels cas, les limites chiffrées des critères relatifs au total du bilan et au chiffre d'affaires net sont majorées de 20 % . »

Cela vise les hypothèses où « les valeurs comptables des actions ou parts dans le capital des entreprises comprises dans la consolidation sont compensées par la fraction qu'elles représentent dans les capitaux propres de ces entreprises » et « Les états financiers consolidés font apparaître les éléments d'actif et de passif, la situation financière et le résultat des entreprises comprises dans la consolidation comme si elles constituaient une seule entreprise », notamment par compensation des créances et des dettes.

La majoration de 20% des seuils est donc autorisée, mais seulement si les méthodes évoquées ne sont pas appliquées.

¹²⁸ Sauf à considérer que puisque ni l'article L. 22-10-36, ni l'article R. 22-10-29 qui pose les seuils applicables à la déclaration de performance des sociétés cotées ne visent expressément les groupes, c'est par référence à l'article R. 233-16 qu'il convient de les définir, soit avec une majoration de 20%. Le jeu de renvoi ne facilite par l'interprétation.

¹²⁹ Art. 57, directive 78/660 ; art. 57, directive 83/349 ; art. 37, directive 2013/34/UE.

¹³⁰ Art. 39, directive 2013/34/UE.

¹³¹ Art. L. 233-17, 2°, Code de commerce.



Si l'on met à part le **rapport de gestion** et le **rapport sur le gouvernement d'entreprise**, les autres dispositifs de prévention des risques extra-financiers prévoient l'exemption des sociétés contrôlées (**déclaration de performance extra-financière, paiements faits aux gouvernements, plan de vigilance, plan anti-corruption, bilan des émissions de gaz à effet de serre**¹³²).

39 - Le périmètre du groupe. Les différents dispositifs de prévention des risques extra-financiers n'utilisent pas moins de trois définitions différentes du groupe :

- le groupe est le plus souvent défini en référence à l'*article L. 233-16* du Code de commerce utilisé pour déterminer le périmètre de consolidation comptable à l'aide des notions de contrôle exclusif et conjoint ; il en est ainsi pour le **rapport de gestion, la déclaration de performance extra-financière, la déclaration des paiements faits aux gouvernements** et, dans une certaine mesure, le **plan de vigilance** ; la loi sur le **devoir de vigilance fait également référence à l'article L. 233-16, mais seulement pour déterminer le périmètre du plan à établir** ;

- l'article 17 de la loi Sapin 2 pour le **dispositif anti-corruption** et la loi sur le **devoir de vigilance** déterminent le groupe en recourant aux notions de *filiales* et *sociétés contrôlées* au sens de l'*article L. 233-3* du Code de commerce ;

- la loi sur le **devoir de vigilance** se réfère aux *filiales* directes et *indirectes*, « *toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes* » ; les expressions ne sont pas définies par la loi. On peut convenir que la filiale n'est qualifiée de directe que pour la distinguer des filiales indirectes de sorte que l'expression renvoie à la définition de l'*article L. 233-1* du Code de commerce. Il est en revanche plus délicat de déterminer ce que recouvre la notion de filiale indirecte ; on peut en effet hésiter : la filiale indirecte est-elle la société dont le capital est majoritairement détenu par la filiale de l'entité considérée (chaîne ininterrompue de détention majoritaire du capital), ou encore la société dont le capital est majoritairement détenu par plusieurs sociétés filiales de l'entité considérée (la majorité résulte alors de l'agrégation des participations des filiales de l'entité considérée) ? La filiale indirecte est-elle une sous-filiale (petite fille) ou peut-elle être une arrière-petite-fille¹³³ ?

¹³² Pour le BGES, cela dépend de la lecture que l'on a de l'*article R. 229-46* du Code de l'environnement qui dispose que « *Les groupes définis à l'article L. 2331-1 du Code du travail peuvent établir un bilan des émissions de gaz à effet de serre consolidé pour l'ensemble de leurs entreprises* » ; l'expression « *pour l'ensemble* » peut très bien vouloir dire que cela dispense les filiales de l'établissement d'un BGES ou au contraire faire comprendre que le bilan consolidé s'adjoint aux bilans individuels.

¹³³ La question n'est pas véritablement nouvelle puisque l'expression se rencontre également aux *articles L. 225-23* et *L. 225-27* relatifs à la participation des salariés et des actionnaires salariés au conseil d'administration. Pour autant, à notre connaissance, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne lui ont apporté de réponse définitive.



- Enfin c'est la définition de l'article L. 2331-1 du *Code du travail* qui est retenue pour le **bilan des émissions de gaz à effet de serre et le plan de transition**. Or l'article L. 2331-1 se réfère à la fois aux articles L. 233-1, L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce, puisqu'il vise en son I, « le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante (...) et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce ».

Récapitulatif de la prise en compte des groupes par les dispositifs de prévention des risques extra-financiers

Rapport de gestion (indicateurs extra-financiers) et rapport sur le gouvernement d'entreprise¹³⁴ :

- seuils : les « *grands groupes* » au sens de l'article R. 233-16 du Code de commerce, seuils différents de ceux de la *grande entreprise* (et les petits ou moyens groupes comportant une EIP) ;
- pas d'exemption des sociétés consolidées d'établir et de publier leurs comptes et le rapport de gestion¹³⁵ ; en revanche, dans certaines hypothèses, les filiales incluses dans le périmètre de consolidation sont dispensées d'établir elles-mêmes des comptes consolidés ;
- définition du groupe : par référence à l'article L. 233-16 du Code de commerce, c'est-à-dire des notions de contrôle exclusif ou conjoint.

Déclaration des paiements faits aux gouvernements :

- seuils : les « *grands groupes* » au sens de l'article R. 233-16 du Code de commerce, seuils différents de ceux de la *grande entreprise* (et les petits ou moyens groupes comportant une EIP).

¹³⁴ Art. L. 225-100-1 et L. 22-10-35, Code de commerce ; s'agissant du rapport sur le gouvernement d'entreprise (politique de diversité), l'article L. 225-100-1 prévoit bien que « Lorsque la société établit des comptes consolidés en application de l'article L. 233-16, le rapport consolidé de gestion rend compte des informations mentionnées au présent article pour l'ensemble des sociétés comprises dans la consolidation ». La référence « au présent article » n'englobe pas le rapport sur le gouvernement d'entreprise prévu aux articles L. 225-37 et L. 22-10-10 du Code de commerce. Toutefois, l'article 33 de la directive 2013/34/UE prévoit bien la publication d'une déclaration consolidée sur le gouvernement d'entreprise.

¹³⁵ Comme précisé, le droit français n'a pas repris la possibilité ouverte par le droit européen (art. 37, Directive 2013/34/UE) **d'exempter les filiales des obligations liées à la publication des états financiers annuels et du rapport de gestion si leur société mère publie des comptes consolidés**. Il est vrai que cette exemption est soumise à des conditions très strictes (notamment l'accord de tous les associés de la filiale et l'engagement de la société mère de se porter garante des engagements de la filiale).

En conséquence, **toutes les sociétés qui dépassent les seuils sont tenues de produire un rapport de gestion et d'y faire figurer les informations extra-financières pertinentes**.



- exemption des sociétés consolidées : « *Les sociétés contrôlées répondant aux conditions prévues au même I ne sont pas tenues de publier un rapport lorsque leur société consolidante relève du droit d'un État membre de l'Union européenne et que les paiements effectués par ces sociétés sont inclus dans le rapport consolidé établi par la société consolidante en application de la législation dont elle relève* » (art. L. 225-102-3, II, Code de commerce).

- définition du groupe : par référence à l'article L. 233-16, contrôle exclusif ou conjoint.

Déclaration de performance extra-financière :

- seuil identique pour la société prise individuellement et pour le groupe ;

- exemption des sociétés consolidées « *Les sociétés définies au I ou au II et à l'article L. 22-10-36, qui sont sous le contrôle d'une société qui les inclut dans ses comptes consolidés conformément à l'article L. 233-16 ne sont pas tenues de publier de déclaration sur la performance extra-financière si la société qui les contrôle est établie en France et publie une déclaration consolidée sur la performance extra-financière conformément au II du présent article ou si la société qui les contrôle est établie dans un autre État membre de l'Union européenne et publie une telle déclaration en application de la législation dont elle relève* » (art. L. 225-102-1, IV, Code de commerce) ;

- définition du groupe : par référence à l'article L. 233-16, contrôle exclusif ou conjoint.

Dispositif anti-corruption de l'article 17 de la loi Sapin 2 :

- seuil identique pour la société prise individuellement et pour le groupe ;

- exemption des filiales et des sociétés contrôlées : « *Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au présent I sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens du même article L. 233-3, met en œuvre les mesures et procédures prévues au II du présent article et que ces mesures et procédures s'appliquent à l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* » ;

- définition du groupe : par référence à l'article L. 233-3.

Plan de vigilance :

- seuil identique pour la société prise individuellement et pour le groupe ;

- exemption des filiales et sociétés contrôlées : « *Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* » (art. L. 225-102-4, Code de commerce) ;



- définition du groupe : par référence à l'article L. 233-3 et aux filiales directes et indirectes, mais les mesures que contient le plan concernent les sociétés contrôlées au sens de l'art. L.233-16 du Code de commerce en sus des sous-traitants ou fournisseurs.

Bilan des émissions de gaz à effet de serre (BGES) :

- seuil identique pour la société prise individuellement et pour le groupe ;

- exemption des filiales et sociétés contrôlées, elle paraît prévue¹³⁶ : « *Les groupes définis à l'article L. 2331-1 du Code du travail peuvent établir un bilan des émissions de gaz à effet de serre consolidé pour l'ensemble de leurs entreprises ayant le même code de nomenclature des activités françaises de niveau 2 et répondant aux conditions définies à l'alinéa précédent* » (art. R. 229-46, Code de l'environnement) ;

- définition du groupe : par référence à l'article L. 2331-1 du Code du travail.

Les obligations relatives à l'audit énergétique, à l'index égalité homme-femme, à la parité au sein des conseils d'administration et de surveillance et des instances dirigeantes ne prennent pas en considération le groupe de sociétés.

¹³⁶ Cf. supra note 111.



II. Le contenu des dispositifs

40 - Lorsque l'on quitte les champs d'application des dispositifs de prévention des risques extra-financiers pour entreprendre l'étude de leur contenu, c'est la même impression de désordre qui prévaut. Le désordre naît d'abord des redondances engendrées par ces dispositifs (2.1) ; il tient également aux incertitudes qui affectent tant la portée que le sens de certaines obligations (2.2).

2.1 - Les redondances

On présentera les principales redondances engendrées par ces dispositifs (2.1.2) après en avoir exposé les causes (2.1.1). On étudiera enfin les palliatifs imaginés par le législateur pour tenter de les gommer (2.1.3).

2.1.1 - Les causes

Les redondances tiennent à la manière dont sont conçus les dispositifs extra-financiers, c'est-à-dire à la fois aux objectifs qui leur sont assignés (2.1.1.1) et aux méthodes imaginées pour les atteindre (2.1.1.2).

2.1.1.1 - La convergence d'objectifs

41 - Douze dispositifs visent à répondre à quatre grands enjeux : l'environnement, les droits sociaux, les problématiques sociétales, la gouvernance. Tous les dispositifs identifiés ont pour objectif la prévention ou la gestion des risques d'atteinte à l'un de ces grands enjeux, mais ils n'ont pas été conçus de manière thématique de sorte que plusieurs dispositifs poursuivent les mêmes objectifs. En l'absence de définition commune de chacun de ces objectifs cette convergence emporte des chevauchements plus délicats encore à traiter que des superpositions.

42 - Le risque environnemental. Parmi les dispositifs recensés, nombreux sont ceux qui prennent en considération le risque environnemental : c'est le cas des dispositifs prévus par le Code de l'environnement (**bilan des émissions de gaz à effet de serre et plan de transition**¹³⁷) et le Code de l'énergie (**audit énergétique**¹³⁸) ou encore des dispositions spéciales applicables aux

¹³⁷ Le Code de l'environnement impose à certaines sociétés d'établir un **bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre (BGES)**. Un **plan de transition** doit être joint à ce bilan indiquant comment elles pensent procéder pour « réduire leurs émissions de gaz à effet de serre présentant les objectifs, moyens et actions envisagées à cette fin et, le cas échéant, les actions mises en œuvre lors du précédent bilan » (Art. L. 229-25, Code de l'environnement).

¹³⁸ Le Code de l'énergie impose aux sociétés d'une certaine taille de réaliser, tous les quatre ans, un **audit énergétique** (Art. L. 233-1 et s., Code de l'énergie).



établissements SEVESO, mais c'est aussi le sens de l'exigence d'indicateurs extra-financiers dans le **rapport de gestion**¹³⁹, de certains des items de la **déclaration de performance extra-financière**¹⁴⁰ et du **plan de vigilance**¹⁴¹, ainsi que, plus récemment, de la modification apportée à l'article 1833 du Code civil par la **loi PACTE**¹⁴².

Encore faut-il préciser que la référence à l'*environnement* recouvre, selon les dispositifs, une réalité différente. Pour la déclaration de performance extra-financière, l'environnement englobe les questions de *pollution, d'économie circulaire, de changement climatique, de biodiversité*¹⁴³ ainsi

¹³⁹ Le **rapport de gestion** doit comprendre des « indicateurs clés de performance de nature financière, et le cas échéant, de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment les informations relatives aux questions d'environnement [...] » (Art. L. 225-100-1 2°, Code de commerce issu de la directive 2013/34/UE). Dès lors que la société admet ses titres aux négociations sur un marché réglementé, le rapport de gestion doit également contenir « des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie de bas-carbone dans toutes les composantes de son activité » Art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce).

¹⁴⁰ La **déclaration de performance extra-financière** que doivent publier certaines sociétés « présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences (...) environnementales de son activité » (Art. L. 225-102-1, Code de commerce) et **l'article 8 du règlement 2020/852 du 18 juin 2020** impose par ailleurs aux sociétés soumises à l'obligation d'établir une DPEF d'intégrer, à partir du 1^{er} janvier 2022, 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 [...] ».

¹⁴¹ Le **plan de vigilance** qui doit être mis en place et en œuvre par certaines sociétés mères « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers [...] l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation » (Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce).

¹⁴² Le nouvel alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil, issu de la **loi PACTE**, dispose par ailleurs que toute « société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considérant les enjeux [...] environnementaux de son activité ».

¹⁴³ a) Politique générale en matière environnementale :

- l'organisation de la société pour prendre en compte les questions environnementales et, le cas échéant, les démarches d'évaluation ou de certification en matière d'environnement,
- les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et des pollutions,
- le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sous réserve que cette information ne soit pas de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours.

b) Pollution :

- les mesures de prévention, de réduction ou de réparation de rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement,
- la prise en compte de toute forme de pollution spécifique à une activité, notamment les nuisances sonores et lumineuses.

c) Économie circulaire :

i) prévention et gestion des déchets :

- les mesures de prévention, de recyclage, de réutilisation, d'autres formes de valorisation et d'élimination des déchets,
- les actions de lutte contre le gaspillage alimentaire ;

ii) utilisation durable des ressources :

- la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales,
- la consommation de matières premières et les mesures prises pour améliorer l'efficacité dans leur utilisation,
- la consommation d'énergie, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables,
- l'utilisation des sols.



que le gaspillage et la précarité alimentaire, le bien-être animal, et l'alimentation responsable, équitable et durable¹⁴⁴. En revanche, la référence à l'environnement n'est aucunement explicitée pour le rapport de gestion, le plan de vigilance ou la loi PACTE, de sorte que l'on ne sait pas si ce sont tous ces aspects qui doivent être pris en considération pour établir le plan de vigilance ou prendre une décision de gestion.

43 - Le risque social. Certains des dispositifs précités ont également pour objet de prévenir les risques d'atteinte aux droits des salariés, il en est ainsi des exigences relatives à certains indicateurs extra-financiers du **rapport de gestion**¹⁴⁵, à d'autres items de la **déclaration de performance extra-financière**¹⁴⁶ et du **plan de vigilance**¹⁴⁷ mais aussi de l'**index d'égalité homme-femme**¹⁴⁸ ; il faut y ajouter les obligations en matière de **politique de diversité**¹⁴⁹, de **parité dans les conseils d'administration et de surveillance**¹⁵⁰ et dans les **instances dirigeantes**¹⁵¹ et, de nouveau, la modification apportée à l'article 1833 du Code civil par la **loi PACTE** qui, au côté des enjeux environnementaux impose de prendre en considération les enjeux sociaux¹⁵².

Selon le dispositif, le *social* n'a pas le même contenu. Il recouvre les questions relatives à *l'emploi, l'organisation du travail, la santé et la sécurité, la formation, les relations sociales, l'égalité de*

¹⁴³ (suite) d) *Changement climatique* :

- les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit,
- les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique,
- les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet.

e) *Protection de la biodiversité* : les mesures prises pour préserver ou restaurer la biodiversité.

¹⁴⁴ Art. L. 225-102-1, Code de commerce.

¹⁴⁵ Aux côtés des informations relatives à l'environnement, le **rapport de gestion** doit également contenir des indicateurs clés de performance de nature non financière portant sur les « questions [...] de personnel » (Art. L. 225-100-1 2°, Code de commerce).

¹⁴⁶ La **déclaration de performance extra-financière** doit aussi présenter des informations sur les conséquences sociales de son activité (Art. L. 225-102-1, Code de commerce).

¹⁴⁷ Le **plan de vigilance** « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers (...), la santé et la sécurité des personnes [...] » au nombre desquelles il faut comprendre les personnes travaillant d'une manière ou d'une autre pour le compte de la société (Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce).

¹⁴⁸ Art. L. 1142-8, Code du travail : « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur publie chaque année l'ensemble des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer [...] ».

¹⁴⁹ Le **rapport sur le gouvernement d'entreprise** doit comporter, dès lors que la société fait admettre ses titres aux négociations sur un marché réglementé et dépasse certains seuils, « une description de la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration [...] » (Art. L. 22-10-10 2°, Code de commerce).

¹⁵⁰ Art L. 225-18-1 et L. 226-69-1, Code de commerce (loi Copé-Zimmermann).

¹⁵¹ Art. L. 1142-11 à L. 1142-13, Code du travail et L. 23-12-1, Code de commerce (loi Rixain).

¹⁵² Le nouvel alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil, issu de la **loi PACTE**, impose que la gestion de la société prenne en considération les **enjeux sociaux** de son activité.



traitement¹⁵³, voire les actions visant à promouvoir la pratique d'activités physiques et sportives¹⁵⁴ pour la déclaration de performance extra-financière. En revanche, ne sont mentionnées que les « questions (...) de personnel » pour le rapport de gestion, ou les sujets de « santé et de sécurité des personnes » pour le plan de vigilance, quand parfois aucune précision n'est donnée (loi PACTE) ; il est alors difficile de déterminer ce qu'il convient d'indiquer dans le rapport de gestion ou de savoir quels sont les sujets qui doivent occuper les dirigeants tenus de considérer les enjeux sociaux.

44 - Le sociétal. Au cœur des enjeux sociétaux figure la lutte contre la corruption et les atteintes aux droits de l'homme prise en considération par la **déclaration de performance extra-financière** des sociétés cotées¹⁵⁵ ; relèvent également de la prévention de la corruption, le plan exigé par **l'article 17 de la loi Sapin 2** ou encore la **déclaration des paiements faits aux gouvernements**¹⁵⁶. Quant à la prévention des atteintes aux droits de l'homme, elle est au cœur de la **loi sur le devoir de vigilance**¹⁵⁷ qui choisit cependant de viser les atteintes *aux droits humains* et libertés fondamentales, sans que l'on sache quelles conséquences tirer de cette différence de formulation. Le **dispositif d'alerte** prévu à l'article 8 de la Loi Sapin 2 peut également être un instrument au service de cette prévention¹⁵⁸.

On peut s'interroger là encore sur le contenu de la catégorie identifiée au 3° du A du II de l'article R. 225-105 du Code de commerce sous l'intitulé « *informations sociétales* » (déclaration de performance extra-financière). Nombre des items qui doivent être renseignés à ce titre sont en effet de nature environnementale ou sociale (*indications sur la prise en compte dans la politique*

¹⁵³ Art. R. 225-105, Code de commerce.

¹⁵⁴ Art. L. 225-102-1, Code de commerce.

¹⁵⁵ La **déclaration de performance extra-financière** des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et dont l'entreprise qu'elles structurent excède certains seuils, doit faire mention « des effets de leur activité quant au respect des droits de l'homme [...] » et faire mention « des effets de leur activité quant [...] à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale » (Art. L. 22-10-36, Code de commerce.).

¹⁵⁶ La **déclaration des paiements aux gouvernements** est imposée à certaines sociétés, en raison de l'activité qu'elles exercent, liée notamment à l'extraction d'hydrocarbures ou de minerais (Art. L. 225-102-3 I, Code de commerce) ; selon les considérants de la directive ici transposée, cette déclaration doit « aider les gouvernements des pays riches en ressources naturelles à mettre en œuvre les principes et critères de l'ITIE et à rendre compte à leurs citoyens des paiements qu'ils reçoivent des entreprises extractives ou d'exploitants de forêts primaires actifs sur leur territoire ». L'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE) se présente comme « la norme mondiale pour la promotion d'une gouvernance ouverte et redevable des ressources pétrolières, gazières et minérales ». Elle « exige des pays qu'ils publient des informations sur la chaîne de valeur extractive, de l'octroi des droits d'extraction aux revenus du gouvernement et à la façon dont ces revenus bénéficient à la population ». Le risque de corruption est particulièrement souligné (site internet de l'ITIE).

¹⁵⁷ Le **plan de vigilance** « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales » (Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce).

¹⁵⁸ L'**article 8 de la loi Sapin 2** contraint les sociétés employant au moins cinquante salariés à mettre en place des procédures appropriées de recueil des signalements ; la procédure est en cours de modification, la proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte est en cours d'examen par le Conseil constitutionnel.



d'achat des enjeux sociaux et environnementaux ; sur la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale).

La catégorie « *sociétale* » est poreuse et n'existe pas en tant que telle en droit européen qui traite, ensemble, les atteintes aux droits des salariés et aux droits de l'homme, et inclut la corruption dans les questions de gouvernance.

45 - La gouvernance. Enfin, les dispositifs de lutte contre la corruption, de la même manière que ceux qui imposent une **politique de diversité** et la **parité au sein des organes de direction** ou qui favorisent **l'égalité homme-femme**¹⁵⁹, pourraient être classés au sein des dispositifs promouvant une meilleure gouvernance ; on y ajoutera les textes régissant la **rémunération des dirigeants sociaux**, qu'il s'agisse des règles d'information qui précisent le contenu du rapport sur le gouvernement d'entreprise ou des règles substantielles sur la détermination de cette rémunération¹⁶⁰.

On constate ainsi qu'aucun objectif n'est traité exclusivement par un dispositif. Certains poursuivent un seul objectif mais n'en traitent qu'un aspect ; la plupart poursuivent plusieurs objectifs et bien souvent les mêmes. Cette coexistence de dispositifs dont les champs d'application se recoupent ne serait pas une difficulté si les méthodes utilisées étaient différentes et complémentaires, ce qu'il convient d'examiner.

2.1.1.2 - La similitude des méthodes

46 - Poursuivant des objectifs similaires, les dispositifs auraient pu recourir à des méthodes différentes, certains édictant des interdictions, d'autres des obligations d'information, d'autres encore imposant des règles d'organisation ; ils auraient alors pu être articulés. La réalité est autre, il n'y a pas d'interdictions, peu de prescriptions substantielles à l'exception de l'obligation d'atteindre certains ratios de parité. La plupart des obligations d'information se superposent aux règles d'organisation dans la mesure où elles induisent, elles-mêmes, des règles d'organisation.

47 - Les obligations d'information. Au titre des dispositifs de prévention des risques extra-financiers, les sociétés sont d'abord tenues d'informer sur leurs risques et les politiques qu'elles mettent en œuvre pour les prévenir et les gérer : obligations de publication d'indicateurs de performance extra-financière dans le rapport de gestion¹⁶¹, du rapport sur le gouvernement d'entreprise (politique de

¹⁵⁹ Notamment, l'index égalité homme-femme prévu aux articles L. 1142-8 et D. 1142-2 et suivants du Code du travail.

¹⁶⁰ Art. L. 22-10-8, L. 22-10-14 à L. 22-10-17, L. 22-10-19, L. 22-10-16 à L. 22-10-18 et L. 22-10-34, Code de commerce.

¹⁶¹ Art. L. 225-100-1 et L. 22-10-35, Code de commerce.



diversité, politique de rémunération des dirigeants sociaux)¹⁶², de la déclaration de performance extra-financière¹⁶³, de l'information qui doit être délivrée par les établissements SEVESO¹⁶⁴, de la déclaration des paiements faits aux gouvernements¹⁶⁵, de l'obligation de publication du bilan d'émission de gaz à effet de serre et du plan de transition¹⁶⁶, de l'audit énergétique¹⁶⁷, de l'index d'égalité homme-femme¹⁶⁸ ou encore des écarts de représentation dans les instances dirigeantes¹⁶⁹.

48 - Les règles d'organisation sous-jacentes. Ces obligations d'information induisent, elles-mêmes, des règles d'organisation. On en donnera quelques exemples :

- lorsque le législateur impose, dans le **rapport de gestion** la publication d'indicateurs clefs de performance de nature non financière¹⁷⁰, il sous-entend l'obligation pour la société d'élaborer ces indicateurs et de mettre en place une *procédure de suivi*. De la même façon, lorsque les sociétés cotées doivent présenter dans le rapport de gestion les « *mesures que prend l'entreprise pour réduire [les risques financiers liés aux effets du changement climatique] en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone [...]* », cela suppose qu'elles aient pris ces mesures et élaboré cette stratégie ;
- les sociétés sont tenues dans la **déclaration de performance extra-financière** de publier des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité¹⁷¹ et, pour chacune des informations transmises, la société doit décrire *les politiques appliquées pour identifier et atténuer la survenance de ces risques* et doit faire part des résultats de ces politiques, notamment via des indicateurs clefs de performance. L'obligation d'information sous-tend donc diverses règles d'organisation : cartographier les risques, mettre en place des procédures et, comme pour le rapport de gestion, un suivi des indicateurs ;
- la **déclaration sur le gouvernement d'entreprise** doit comprendre la *description de la politique* de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration ce qui suppose qu'une telle politique existe¹⁷² ;

¹⁶² Art. L. 22-10-9 à L. 22-10-11, Code de commerce.

¹⁶³ Art. L. 225-102-1 et L. 22-10-36, Code de commerce.

¹⁶⁴ Art. L. 225-102-2, Code de commerce.

¹⁶⁵ Art. L. 225-102-3, Code de commerce.

¹⁶⁶ L. 229-25 Code de l'environnement.

¹⁶⁷ Art. L. 233-1, Code de l'énergie. La communication de l'audit est due uniquement à l'ADEME et au Préfet.

¹⁶⁸ Art. L. 1142-8 et D. 1142-2 et suivants, Code du travail.

¹⁶⁹ Art. L. 1142-11 à L. 1142-13, Code du travail

¹⁷⁰ Art. L. 225-100-1, Code de commerce.

¹⁷¹ Art. L. 225-102-1, Code de commerce.

¹⁷² Art. L. 22-10-10 2°, Code de commerce.



- la **politique de rémunération** qui doit être intégrée dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé¹⁷³ doit notamment expliquer le *processus de décision* suivi pour sa détermination, sa révision et sa mise en œuvre ;
- le **bilan des émissions de gaz à effet de serre** doit être accompagné d'un **plan de transition** ayant pour objectif de réduire les émissions de gaz à effet de serre de la société¹⁷⁴ ;
- l'**index d'égalité homme-femme** doit préciser les actions mises en œuvre pour supprimer, le cas échéant, les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes¹⁷⁵.

On rapprochera de ces règles d'organisation sous-jacentes, celles qui sont induites par l'article 1833 du Code civil et les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce issus de la **loi PACTE**. En imposant une norme de conduite aux dirigeants sociaux, la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, le législateur invite à l'élaboration d'une procédure de décision, posant ainsi implicitement une règle d'organisation.

49 - Les règles d'organisation directement et expressément imposées. Les règles d'organisation, induites d'obligations d'information viennent naturellement « *doublonner* » celles qui sont directement et expressément posées par les textes dont c'est l'objet principal. C'est le cas de **l'article 17 de la loi Sapin 2** (dispositif anti-corruption) qui met à la charge des dirigeants des sociétés concernées l'obligation de mettre en œuvre diverses mesures et procédures (rédaction d'un code de conduite, mise en place d'un dispositif d'alerte interne, d'une cartographie des risques, d'évaluations, de contrôles, de formations, d'un régime disciplinaire). Ou encore de la **loi sur le devoir de vigilance**¹⁷⁶ qui impose aux entreprises la mise en place d'une cartographie des risques, de procédures d'évaluation, d'actions pour atténuer les risques ou prévenir les atteintes graves, des mécanismes d'alerte et de recueil des signalements, d'un dispositif de suivi des mesures¹⁷⁷. La loi sur le devoir de vigilance impose par ailleurs la publication du plan et du compte-rendu de sa mise en œuvre, obligation qui, à son tour, vient « *doublonner* » celle qui est posée par les dispositions relatives à la déclaration de performance extra-financière.

Poursuivant les mêmes objectifs, partageant le même champ d'application, utilisant des méthodes similaires, les redondances et doublons sont inévitables.

¹⁷³ Art. L. 22-10-8, L. 22-10-14 à L. 22-10-17, L. 22-10-19, L. 22-10-16 à L. 22-10-18 et L. 22-10-34, Code de commerce.

¹⁷⁴ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

¹⁷⁵ Art. L. 1142-8, Code du travail.

¹⁷⁶ Art. L. 225-102-4, Code de commerce ; *il est requis des sociétés qu'elles établissent et mettent en œuvre de façon effective un plan de vigilance qui recèle, lui aussi, diverses obligations : cartographie des risques, mise en place de procédures d'évaluation, d'actions pour atténuer les risques ou prévenir les atteintes graves, de mécanismes d'alerte et de recueil des signalements, d'un dispositif de suivi des mesures.*

¹⁷⁷ Art. L. 225-102-4, Code de commerce.



2.1.2 - Les illustrations

Les doublons et redondances existent, quel que soit le risque que ces dispositifs ont vocation à prévenir.

50 - La prévention des risques environnementaux. Sans doute est-ce en la matière que les redondances sont les plus notables.

Trois dispositifs exigent la *publication d'informations* sur les procédures et mesures prises par l'entreprise pour prévenir les risques environnementaux :

- le **rapport de gestion** présenté à l'assemblée générale annuelle doit comprendre des « *indicateurs clefs de performance de nature financière, et le cas échéant, de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment les informations relatives aux questions d'environnement [...]* »¹⁷⁸ (source européenne). Et, dès lors que la société a fait admettre ses titres aux négociations sur un marché réglementé, le rapport de gestion doit également contenir « *des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie de bas-carbone dans toutes les composantes de son activité* »¹⁷⁹ (source nationale) ;

- la **déclaration de performance extra-financière** due par les grandes sociétés « *présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences [...] environnementales de son activité* »¹⁸⁰ (source européenne et nationale). L'article 8 du règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 impose par ailleurs aux sociétés soumises à l'obligation d'établir une DPEF d'intégrer, à partir du 1^{er} janvier 2022, 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 [...]* »¹⁸¹ ;

- le **plan de vigilance** qui doit être mis en œuvre et publié par certaines grandes sociétés doit comporter « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers [...] l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* »¹⁸² (source nationale).

¹⁷⁸ Art. L. 225-100-1 2°, Code de commerce.

¹⁷⁹ Art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce.

¹⁸⁰ Art. L. 225-102-1, Code de commerce.

¹⁸¹ Art. 8, Règlement (UE) 2020/852.

¹⁸² Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce.



Si l'on s'attache plus précisément à la question **des émissions de gaz à effet de serre** :

- le Code de l'environnement impose aux sociétés d'une certaine taille d'établir un **bilan des émissions de gaz à effet de serre (BGES)**. Un **plan de transition** doit être joint à ce bilan indiquant comment les sociétés pensent procéder pour « *réduire leurs émissions de gaz à effet de serre présentant les objectifs, moyens et actions envisagées à cette fin et, le cas échéant, les actions mises en œuvre lors du précédent bilan* »¹⁸³ (source nationale) ;

- alors même que la **déclaration de performance extra-financière** doit indiquer « *les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit* » ou encore « *les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet* »¹⁸⁴ (source nationale et européenne, lignes directrices de la Commission relatives au reporting climat de 2019).

51 - La prévention des risques sociaux. Ces chevauchements ne sont pas propres aux questions environnementales. On les retrouve également, dans une moindre mesure, lorsque le risque à prévenir est un risque d'atteinte aux droits sociaux.

Trois dispositifs mettent à la charge des sociétés à la fois des obligations d'information et des règles d'organisation sur des questions voisines :

- aux côtés des informations relatives à l'environnement, le **rapport de gestion** doit contenir des indicateurs clefs de performance de nature non financière portant sur les « *questions [...] de personnel* »¹⁸⁵ (source européenne) ;

- la **déclaration de performance extra-financière** doit aussi présenter des informations sur les conséquences sociales de son activité¹⁸⁶ et « *les conditions de santé et de sécurité au travail* »¹⁸⁷ (source nationale et européenne) ;

- le **plan de vigilance**, qui doit être publiée, « *comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers (...), la santé et la sécurité des personnes (...)* »¹⁸⁸, au nombre desquelles il faut comprendre les personnes travaillant d'une manière ou d'une autre pour le compte de la société (source nationale).

¹⁸³ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

¹⁸⁴ Art. R. 225-105 II A 2° d), Code de commerce.

¹⁸⁵ Art. L. 225-100-1 2°, Code de commerce.

¹⁸⁶ Art. L. 225-102-1, Code de commerce.

¹⁸⁷ Art. R. 225-105, II, A, 1, c), Code de commerce.

¹⁸⁸ Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce.



Par ailleurs, plusieurs dispositifs s'attachent à lutter contre les discriminations, notamment de genre, au sein de la société, sans être articulés :

- la déclaration sur le gouvernement d'entreprise¹⁸⁹ qui doit contenir, lorsque la société admet ses titres aux négociations sur un marché réglementé et dépasse certains seuils, « *une description de la **politique de diversité*** » appliquée aux membres du conseil d'administration ou de surveillance¹⁹⁰ (source européenne) ainsi que « *des informations sur la manière dont la société recherche une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du comité mis en place, le cas échéant, par la direction générale en vue de l'assister régulièrement dans l'exercice de ses missions générales et sur les résultats en matière de **mixité dans les 10 % de postes à plus forte responsabilité*** » (source nationale) ;

- l'obligation relative à la **parité au sein des conseils d'administration et de surveillance**¹⁹¹ (source nationale) ;

- l'obligation d'assurer une **mixité chez les cadres dirigeants et dans les instances dirigeantes** des sociétés commerciales issue de la loi Rixain¹⁹² qui comporte à la fois une obligation d'information relative aux écarts de représentation et des quotas à atteindre¹⁹³ (source nationale), l'*instance dirigeante* étant définie comme toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions, sans que l'on sache s'il s'agit du même organe que le *comité* visé par la politique de diversité à l'article L. 22-10-10 du Code de commerce ;

- l'obligation d'indiquer dans la déclaration de performance extra-financière, « *les mesures prises en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes* »¹⁹⁴ (source nationale) ;

- l'obligation de publier un **index d'égalité homme-femme** comportant des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération (mais aussi de promotion, d'augmentation, de représentation) entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer¹⁹⁵ (source nationale).

¹⁸⁹ Art. L. 225-37 dernier alinéa et art. L. 225-37-4, Code de commerce.

¹⁹⁰ Art. L. 22-10-10 2°, Code de commerce.

¹⁹¹ Art L. 225-18-1 et L. 226-69-1, Code de commerce.

¹⁹² Art. L. 1142-11 à L. 1142-13, Code du travail et L. 23-12-1, Code de commerce.

¹⁹³ Parmi les cadres dirigeants et les instances dirigeantes et d'atteindre un ratio d'au moins 30% en 2027 et 40% en 2030.

¹⁹⁴ Art. R. 225-105, II, A, 1, f), Code de commerce.

¹⁹⁵ Art. L. 1142-8 et s. et D. 1142-2 et s., Code de commerce.



52 - La prévention des risques sociétaux. On retrouve également des redondances s'agissant des questions que l'on dira « *sociétales* ».

Les *informations* sur la manière dont la société prévient *les atteintes aux droits de l'homme /aux droits humains*, sont dues sur le fondement de deux dispositifs :

- la **déclaration de performance extra-financière** des grandes sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doit faire mention « *des effets de leur activité quant au respect des droits de l'homme* »¹⁹⁶, les rubriques étant explicitées par l'article R. 225-105¹⁹⁷ (source nationale) ;

- le **plan de vigilance** qui « *comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales (...)* »¹⁹⁸ (source nationale).

S'agissant de la *lutte contre la corruption et le trafic d'influence*, elle est visée par deux dispositifs qui, toutefois, prévoyant des obligations de nature différente (information vs règles d'organisation) pourraient être articulés :

- la **déclaration de performance extra-financière** des grandes sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui doit faire mention « *des effets de leur activité quant (...) à la lutte contre la corruption* » (source européenne) « *et l'évasion fiscale* » (source nationale) » ; l'article R. 225-105 vise également les « *actions engagées pour prévenir la corruption* »¹⁹⁹ (source nationale) ;

- l'**article 17 de la loi Sapin 2** qui impose aux dirigeants des plus grandes sociétés de « *prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence* »²⁰⁰ (source nationale).

¹⁹⁶ Art. L. 22-10-36, Code de commerce.

¹⁹⁷ Art. L. 22-10-36, Code de commerce et R. 225-105, II, B. « Pour les sociétés mentionnées au premier alinéa de l'article L. 22-10-36, les informations complémentaires suivantes :

2° Informations relatives aux actions en faveur des droits de l'homme

a) Promotion et respect des stipulations des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail relatives :

- au respect de la liberté d'association et du droit de négociation collective,

- à l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession,

- à l'élimination du travail forcé ou obligatoire,

- à l'abolition effective du travail des enfants.

b) Autres actions engagées en faveur des droits de l'homme ».

¹⁹⁸ Art. L. 225-102-4, I, Code de commerce.

¹⁹⁹ Art. L. 22-10-36, Code de commerce et R. 225-105, II, B 1° Informations relatives à la lutte contre la corruption : les actions engagées pour prévenir la corruption.

²⁰⁰ Art 17, L. Sapin 2 à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.



Enfin, trois dispositifs de *recueil de signalement* de ces crimes et délits (dispositifs d'alerte) sont prévus : la mise en place d'un tel dispositif est imposée à la fois par la **loi sur le devoir de vigilance**, par **l'article 17 de la loi Sapin 2** (sources nationales) et, également, par **l'article 8** (source européenne) de cette même loi qui contraint les sociétés employant au moins cinquante salariés à mettre en place des procédures appropriées de recueil des signalements émis par certaines personnes physiques qu'il énumère²⁰¹, sachant que ces différents dispositifs n'ouvrent pas le droit d'alerte aux mêmes personnes et ne les font pas nécessairement bénéficier de la même protection.

53 - La gouvernance. En matière de gouvernance, plusieurs dispositifs s'attachent à promouvoir la parité au sein des organes dirigeants de la société sans être articulés :

- la déclaration sur le gouvernement d'entreprise²⁰² qui doit contenir, lorsque la société admet ses titres aux négociations sur un marché réglementé et dépasse certains seuils, « *une description de la politique de diversité* » appliquée aux membres du conseil d'administration ou de surveillance²⁰³ (source européenne), au sein du **comité** mis en place, le cas échéant, par la direction générale en vue de l'assister et **dans les 10 % de postes à plus forte responsabilité** (source nationale) ;
- l'obligation relative à la **parité au sein des conseils d'administration et de surveillance**²⁰⁴ (source nationale) ;
- l'obligation d'assurer une « *mixité dans les instances dirigeantes des sociétés commerciales* » issue de la loi Rixain²⁰⁵ qui comporte à la fois une obligation d'information relative aux écarts de représentation et des quotas à atteindre (source nationale).

2.1.3 - Les palliatifs

Le législateur n'ignore pas ces redondances et a cherché à les corriger en admettant des renvois entre certains dispositifs, mais le procédé n'est pas systématique et ne pallie pas l'absence d'articulation entre les dispositifs.

54 - Les renvois. Les renvois sont établis entre la déclaration de performance extra-financière et d'autres dispositifs, ils simplifient parfois l'élaboration de la première, parfois celle des seconds. Une passerelle existe ainsi :

²⁰¹ Art. 6 et art. 8 de la loi Sapin 2, telle qu'ils seront modifiés par la loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

²⁰² Art. L. 225-37 dernier alinéa et art. L. 225-37-4, Code de commerce.

²⁰³ Art. L. 22-10-10 2°, Code de commerce.

²⁰⁴ Art L. 225-18-1 et L. 226-69-1, Code de commerce.

²⁰⁵ Art. L. 1142-11 à L. 1142-13, Code du travail et L. 23-12-1, Code de commerce.



- entre la **déclaration de performance extra-financière**²⁰⁶ et le **rapport de gestion**²⁰⁷. L'article L. 225-102-1 IV du Code de commerce précise que les sociétés qui publient une déclaration de performance extra-financière « *sont réputées avoir satisfait à l'obligation prévue au 2° du I de l'article L. 225-100-1, pour ce qui concerne les indicateurs de performance de nature non financière* », allégeant ainsi le rapport de gestion *stricto sensu*²⁰⁸;

- entre la **déclaration de performance extra-financière**²⁰⁹ et le **plan transition**²¹⁰ qui comportent tous deux des informations sur les objectifs de réduction que se fixe la société ainsi que sur les moyens mis en œuvre pour les atteindre ; dès lors que la déclaration de performance extra-financière contient ces informations, la société est dispensée d'établir un plan de transition²¹¹;

- entre la **déclaration de performance extra-financière**²¹² et le **plan de vigilance**²¹³ s'agissant des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Le Code de commerce prévoit que la déclaration de performance extra-financière peut renvoyer au plan de vigilance²¹⁴.

La création de ces renvois tend à gommer les difficultés naissant de leur articulation²¹⁵, ils pourraient être généralisés.

55 - Les renvois oubliés. Dans les autres hypothèses de répétition, aucune passerelle n'est prévue :

- entre la **déclaration de performance extra-financière** et le **rapport de gestion des sociétés cotées** alors que la première doit indiquer les risques liés aux effets de l'activité sur le changement climatique ainsi que les politiques menées en conséquence²¹⁶ et le second « *des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie de bas-carbone dans toutes les composantes de son activité* »²¹⁷, de sorte que la répétition est inévitable ;

²⁰⁶ Art. L. 225-102-1 et R. 225-105, Code de commerce.

²⁰⁷ Art. L. 225-100-1, Code de commerce.

²⁰⁸ Quand bien même la DPEF est formellement insérée dans le rapport de gestion (art. L. 225-102-1 I, Code de commerce).

²⁰⁹ Art. L. 225-102-1 et R. 225-105, Code de commerce.

²¹⁰ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

²¹¹ Art. L. 229-25 I al. 8, Code de l'environnement.

²¹² Art. L. 225-102-1 III, Code de commerce.

²¹³ Art. L. 225-102-4 I al. 3, Code de commerce.

²¹⁴ Art. L. 225-102-1 III, Code de commerce.

²¹⁵ L'existence même de répétitions entre ces derniers révèle toutefois certains défauts de construction. C'est le cas, par exemple, pour la DPEF et le rapport de gestion. En effet, dès lors que la DPEF n'est applicable qu'à certaines sociétés, pourquoi intégrer dans ce dispositif des obligations auxquelles ces sociétés sont en réalité déjà soumises ? Une disposition spéciale applicable à un nombre restreint de sociétés (DPEF) ne devrait pas répéter une obligation qui se trouve déjà formulée au sein d'une disposition applicable à un nombre plus large de sociétés (rapport de gestion).

²¹⁶ Art. L. 225-102-1 et R. 225-105, Code de commerce.

²¹⁷ Art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce.



- entre la **déclaration de performance extra-financière** et le **bilan des émissions de gaz à effet de serre**, alors même que l'ADEME est venue préciser que « *les informations disponibles dans le cadre des bilans d'émissions de gaz à effet de serre peuvent servir à préciser les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit dans la DPEF* » ;

- entre la **déclaration de performance extra-financière** des sociétés cotées et le **plan de vigilance**, car si l'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit expressément une passerelle, cela n'est pas le cas de l'article L. 22-10-36 al. 2 du même code qui ajoute de nouvelles informations dans la déclaration de performance extra-financière publiée par les sociétés cotées. Une telle passerelle éviterait notamment une répétition entre la DPEF et le plan de vigilance sur le thème des atteintes aux droits de l'homme ;

- entre l'obligation pour les grandes sociétés cotées d'expliquer, dans la **politique de diversité** la manière dont la société recherche une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du *comité* mis en place en vue de l'assister la direction générale²¹⁸, et l'obligation d'atteindre la mixité dans les instances dirigeantes imposée par la loi Rixain²¹⁹.

56 - Les articulations manquées. Par ailleurs, si le législateur a organisé certains renvois, il reste silencieux sur les articulations suivantes :

- la **déclaration de performance extra-financière** et le **plan anti-corruption** ne sont pas articulés. Or, l'article 17 de la loi Sapin 2 impose des règles d'organisation sans obligation d'information. Au contraire, les articles du Code de commerce relatifs à la déclaration de performance extra-financière imposent une obligation d'information sur les actions engagées pour lutter contre la corruption. Les deux dispositifs pourraient être expressément articulés ;

- les **dispositifs visant à améliorer la parité** ne sont pas plus articulés de sorte que les indicateurs tels que les écarts de représentation dans les instances dirigeantes (Loi Rixain)²²⁰ ou l'index d'égalité homme-femme²²¹ ne sont pas inclus au sein des indicateurs clés de la **politique de diversité** imposée aux sociétés cotées²²² ;

- les **dispositifs de recueil de signalement** devraient être articulés par le nouvel article 6, III de la loi Sapin 2 tel que modifié par la loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte dans la mesure où le dispositif prévu à l'article 8 devrait s'appliquer chaque fois que le dispositif en concours sera moins favorable au lanceur d'alerte.

²¹⁸ Art. L. 22-10-10, Code de commerce.

²¹⁹ Art. L. 1142-11 à L. 1142-13 du Code du travail et L. 23-12-1, Code de commerce.

²²⁰ Art. L. 1142-11, Code du travail.

²²¹ Art. D. 1142-2, 5°, Code du travail.

²²² On notera toutefois le renvoi de l'art. L. 225-37-1 du Code de commerce (délibération du conseil d'administration sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et les indicateurs du Code du travail (index égalité homme-femme)).



57 - On observera en conclusion que les redondances et chevauchements n'affectent pas seulement les sociétés débitrices des obligations, mais également les destinataires de l'information. Les sociétés sont en effet relativement libres du choix du mode de présentation des informations, elles peuvent faire de leur déclaration de performance extra-financière une section de leur rapport de gestion, en disperser les éléments au sein du rapport, ou encore noyer ces éléments dans un flot plus riche d'informations extra-financières ; elles peuvent rendre compte du plan de vigilance au sein de la déclaration de performance extra-financière, ou préférer le laisser en dehors. On trouve ainsi des rapports intégrés, des rapports RSE ou encore thématiques (climat par exemple). Pour permettre au lecteur de s'y retrouver et à l'autorité de contrôle de s'assurer du caractère complet de l'information, les sociétés utilisent parfois des tables de correspondance, des sigles ou pictogrammes pour identifier ce qui relève de l'un ou l'autre des dispositifs de prévention des risques extra-financiers.

2.2 - Les incertitudes

La complexité résultant des redondances est aggravée par les incertitudes qui affectent tant la portée (2.2.1) que le contenu de certaines obligations (2.2.2).

2.2.1 - La portée des obligations

La portée des obligations diffère selon les dispositifs. Ceux-ci sont parfois pleinement contraignants et parfois soumis au principe « *appliquer ou expliquer* ». La rationalité de la différence de portée des différents dispositifs n'apparaît pas clairement.

58 - *Les dispositions contraignantes*. Les textes imposant des obligations substantielles sont contraignants (obligations de parité au sein des conseils d'administration et de surveillance et des instances dirigeantes) ; c'est aussi le cas de l'obligation sèche d'information qu'est la déclaration des paiements aux gouvernements, et des obligations de publication du bilan des émissions de gaz à effet de serre et du plan de transition, de l'audit énergétique ou de l'index d'égalité homme-femme. Les textes imposant directement des règles d'organisation sont également contraignants, les sociétés doivent s'y soumettre sans pouvoir invoquer le défaut de pertinence de l'obligation à leur égard (plan de vigilance, procédure d'alerte de l'article 8 et dispositif anti-corruption de l'article 17 de la loi Sapin 2, politique de prévention des risques des établissements SEVESO, politique de rémunération des dirigeants des sociétés cotées).

59 - *La portée contrastée de certains dispositifs*. Certains dispositifs mêlent, en revanche, règles contraignantes et principe *comply or explain* ; on en donnera trois exemples :

- pour le **rapport de gestion**, il n'est pas expressément indiqué que la société peut simplement expliquer les raisons pour lesquelles elle ne communiquerait pas d'indicateurs clefs de performance



de nature non financière. Pour autant, ces indicateurs ne sont dus que « *le cas échéant* », ce qui semble sous-entendre que la société pourrait expliquer l'absence de tels indicateurs au sein de son rapport de gestion. À l'inverse, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le rapport de gestion *doit nécessairement comporter* des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et les mesures prises en conséquence²²³ ;

- concernant la **déclaration de performance extra-financière**, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce indique que si la société n'applique pas de politique en ce qui concerne certains des risques identifiés, « *la déclaration comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant* »²²⁴. À l'inverse, l'obligation créée par **l'article 8 du règlement (UE) 2020/852**, consistant à insérer dans la DPEF des informations sur les activités de l'entreprise pouvant être considérées comme durables sur le plan environnemental, est pleinement contraignante ;

- s'agissant de la déclaration sur le **gouvernement d'entreprise**, son contenu est devenu pleinement contraignant, à l'exception des modalités d'adhésion au code de gouvernement d'entreprise et de la **politique de diversité** qui continuent à relever du principe *comply or explain*²²⁵.

On notera enfin le caractère *facultatif* de la proposition insérée à l'article 1835 du Code civil par la **loi PACTE** : « *les statuts peuvent préciser une raison d'être* ».

2.2.1 - Le contenu des obligations

Si l'on descend dans le détail de la formulation des obligations, on ne peut qu'observer les disparités de rédaction et l'imprécision des expressions qui sont autant d'obstacles à une compréhension commune et une application uniforme de ces dispositifs.

60 - La fausse unité des règles d'organisation. Lorsque les dispositifs de prévention des risques extra-financiers mettent à la charge des sociétés des règles d'organisation, les obligations se ressemblent, un peu comme si une méthodologie commune était en cours de construction ; il est en effet possible d'identifier six grands types d'obligations :

- cartographier les risques,
- mettre en place un dispositif d'alerte,
- mettre en place un plan de prévention et remédiation,
- mettre en place des procédures d'évaluation,
- développer des indicateurs de suivi,
- informer.

²²³ Art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce.

²²⁴ Art. R. 225-105, *I in fine*, Code de commerce.

²²⁵ Art. L. 22-10-10, Code de commerce.



Ces ressemblances entre les dispositifs pourraient en faciliter la mise en œuvre si chacune des obligations était comprise de la même manière par le législateur ou l'autorité de régulation. Aujourd'hui, cela n'est pas le cas. Le contenu des obligations varie selon les dispositifs.

Par exemple, concernant la *cartographie des risques*, il est simplement exigé des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé d'intégrer dans leur **rapport de gestion** « *des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique* »²²⁶ alors que le **plan de vigilance** et **l'article 17 de la loi Sapin 2** imposent *d'identifier* mais aussi d'analyser et de hiérarchiser les risques.

Dans une moindre mesure, *quant au plan* à mettre en œuvre, l'objectif poursuivi n'est pas toujours exprimé de la même manière, il peut s'agir de réduire les risques²²⁷ ; de prévenir, d'identifier et d'atténuer la survenance des risques²²⁸ ; de prévenir et de détecter²²⁹ ; d'atténuer des risques ou de prévenir des atteintes graves²³⁰, etc.

En définitive, aucun dispositif n'est construit exactement de la même façon alors même que les types d'obligations qu'ils imposent se ressemblent.

61 - L'imprécision des expressions. Certaines expressions ne sont pas définies alors même qu'elles servent à déterminer le périmètre des activités à prendre en considération dans la cartographie des risques ou le plan de prévention ou de remédiation. On en donnera quelques exemples :

- la notion de « **relation commerciale établie** » est une notion clé de la loi sur le **devoir de vigilance**, le plan devant comporter les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, *résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation*²³¹. Le Gouvernement a pu soutenir que l'expression devait être comprise de la même manière qu'en vertu de l'article L. 442-1 du Code de commerce. On peut toutefois en douter tant l'objectif des deux textes diffère ;

²²⁶ Art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce.

²²⁷ Par exemple, pour la stratégie bas-carbone qui doit être explicitée dans le rapport de gestion (art. L. 22-10-35 1°, Code de commerce).

²²⁸ Par exemple, dans le cadre de la DPEF (art. R. 225-105 I 2°, Code de commerce).

²²⁹ Art. 17, Loi Sapin 2.

²³⁰ Art. L. 225-102-4 I 3°, Code de commerce.

²³¹ Art. L. 225-102-4, alinéa 3, Code de commerce.



- l'expression « **relation d'affaire** » utilisée par l'article R. 225-105 du Code de commerce pour la **déclaration de performance extra-financière**²³² est moins précise encore. Elle est inspirée des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales²³³, mais est utilisée, en droit français, dans des contextes différents, par exemple à l'article L. 561-2-1 du Code monétaire et financier²³⁴, de sorte qu'il conviendrait sans doute d'en rappeler l'origine et d'en guider l'interprétation ;

- s'agissant de la **nature des « risques »** à cartographier, les expressions utilisées par les différents dispositifs varient, les risques à identifier sont parfois les risques auxquels la société *est exposée ou confrontée* (**rapport de gestion, plan anti-corruption de l'article 17 de la loi Sapin 2**), parfois les risques *liés* à son activité ou les *conséquences* de son activité ou *résultant* de son activité (**déclaration de performance extra-financière, plan de vigilance**). La diversité des expressions rend mal compte de la double approche qui devrait systématiquement prévaloir : identification des risques d'un point de vue *interne* – risque auquel est exposée la société du fait de l'évolution de son environnement – *et externe* – risque que fait courir l'activité de la société à son environnement, ce que le droit européen appelle la « *double importance relative* ».

Par ailleurs, le terme « *risque* » ne rend pas compte d'une composante *chance* ou *opportunité*. Cette composante est pourtant présente dans l'approche européenne. Les lignes directrices de la Commission européenne insistent sur le fait que les incidences de l'activité d'une entreprise peuvent être *positives* ou *négatives* : « *Les publications d'informations significatives doivent couvrir ces deux types d'incidences de manière claire et équilibrée* ». Cette attention portée aux opportunités (incidences positives) n'est pas reprise dans les textes français relatifs à la déclaration de performance extra-financière ;

- la question de **l'importance des risques à prendre en considération et des informations à publier** n'est pas clairement traitée²³⁵. Les textes cantonnent parfois la cartographie des risques

²³² Lignes directrices de la Commission : « *y compris ses chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance* ».

²³³ Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, p. 11, « *relations d'affaires auxquelles s'applique le devoir de diligence : tous les types de relations d'affaires que peut avoir une entreprise – fournisseurs, franchisés, licenciés, co-entreprises, investisseurs, clients, prestataires, consommateurs, consultants, conseillers financiers, juridiques et autres, et toute entité publique ou privée liée à ses activités, produits ou services* ».

²³⁴ Pour déterminer le champ des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

²³⁵ Selon les lignes directrices de la Commission européenne, l'article 2, paragraphe 16 de la directive comptable (2013/34/UE) définit le terme *significatif* comme « *le statut d'une information dont on peut raisonnablement penser que l'omission ou l'inexactitude risque d'influencer les décisions que prennent les utilisateurs sur la base des états financiers de l'entreprise. L'importance significative de chaque élément est évaluée dans le contexte d'autres éléments similaires* ». Le considérant 8 de la directive prévoit que « *les entreprises relevant de la présente directive devraient fournir des informations pertinentes en ce qui concerne les questions qui apparaissent comme étant le plus susceptibles de conduire à la concrétisation des principaux risques d'incidences graves, de même que ceux qui se sont déjà concrétisés[...]* ». « *La déclaration non financière devrait (...) être concise et exempte d'informations non significatives* » dans la mesure où « *la publication d'informations non significatives peut entraver la bonne compréhension de la déclaration non financière en masquant les informations significatives* ». L'article L. 225-100-1 se réfère aux « *principaux risques* » pour le rapport de gestion, de même l'article R. 225-105, I, pour la DPEF, la loi Grenelle 2 se contentant d'une liste uniforme d'informations prédéterminées. Autrement dit, le législateur français n'a égard au caractère significatif que pour les risques et non pour les informations.



aux « *principaux risques* »²³⁶, aux « *risques d'atteinte grave* »²³⁷, ou visent simplement « *les risques* »²³⁸. De la même manière, certains textes précisent que les informations doivent être publiées « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société* »²³⁹, ou « *lorsque cela s'avère pertinent et proportionné* »²⁴⁰ ; d'autres n'apportent aucune précision, ainsi pour le rapport de gestion des sociétés cotées²⁴¹ ou encore la communication sur la mise en œuvre du plan de vigilance²⁴².

Certaines des imprécisions sont dues à la transposition délicate, en droit français, de la terminologie et des concepts de droit européen (relation d'affaires, double importance relative, matérialité) d'autres tiennent au procédé d'élaboration des textes (dispositions imbriquées de droit national et de droit européen).

III. Les mesures et sanctions

62 - Dans le cadre de cet état des lieux, on ne rendra compte que des sanctions spéciales édictées par le législateur aux fins d'assurer l'efficacité des différents dispositifs de prévention des risques extra-financiers qui ont été présentés²⁴³. Le constat est que le désordre qui affecte tant les champs d'application que le contenu de ces dispositifs se retrouve, mais dans une moindre mesure, lorsque l'on aborde la question des mesures et sanctions qui leur sont attachées. Le législateur utilise différents moyens que l'on peut regrouper autour de trois grandes catégories : des mesures préventives qui consistent à faire vérifier l'exécution des obligations par un organisme tiers (3.1), une mesure corrective qu'est l'injonction (3.2) et quelques sanctions *stricto sensu* (3.3).

3.1 - Les mesures préventives

63 - La diversité des acteurs et des missions. Parmi les informations extra-financières que la société est tenue de publier, certaines sont contrôlées par un tiers. Le statut de cet organisme (commissaire aux comptes, organisme tiers indépendant, préfet, auditeur reconnu compétent, administration) et sa mission (certification, avis, vérification, élaboration), varient selon l'objet de l'obligation.

²³⁶ Art. L. 225-100-1, Code de commerce (rapport de gestion) ; art. L. 225-102-1, 1°, Code de commerce (DPEF).

²³⁷ Art. L. 225-102-4, Code de commerce (plan de vigilance) « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves ».

²³⁸ Art. L. 22-10-35, Code de commerce (DPEF) ; Art. L. 225-102-4, 1°, Code de commerce (plan de vigilance) « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves ».

²³⁹ Art. L. 225-102-1, III alinéa 1, Code de commerce mais quid de l'alinéa 2 ?

²⁴⁰ Art. R. 225-105, I, 1°, Code de commerce.

²⁴¹ Art. L. 22-10-35, Code de commerce, « des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique ».

²⁴² Art. L. 225-205-4, Code de commerce.

²⁴³ Sans égard, donc, pour le droit commun et l'utilisation que pourraient en faire les tribunaux dans le cadre particulier de l'exécution des obligations imposées par ces dispositifs.



- Le **rapport de gestion** est ainsi contrôlé par les commissaires aux comptes qui *vérifient la sincérité et la concordance* avec les comptes annuels des informations données²⁴⁴.

- Les commissaires aux comptes attestent également de l'existence des informations requises par la **déclaration sur le gouvernement d'entreprise**²⁴⁵ et, spécialement, *l'exactitude et la sincérité* des informations relatives aux **rémunérations** et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social²⁴⁶.

- S'agissant de la **déclaration de performance extra-financière**, les commissaires aux comptes attestent seulement de *l'existence* de la déclaration, plus précisément du fait qu'elle figure, selon le cas, dans le rapport de gestion ou dans le rapport sur la gestion du groupe. Par ailleurs, lorsque la société dépasse certains seuils²⁴⁷, la déclaration de performance extra-financière fait l'objet d'une vérification par un **organisme tiers indépendant**²⁴⁸ qui donne un avis sur la *conformité et la sincérité* des informations²⁴⁹.

- La *cohérence* des **bilans d'émissions de gaz à effet de serre** doit être vérifiée par le préfet de région et le président du conseil régional²⁵⁰.

- **L'audit énergétique** doit, quant à lui, être établi de manière indépendante par des « *auditeurs reconnus compétents* »²⁵¹.

²⁴⁴ Art. L. 823-10, Code de commerce.

²⁴⁵ Art. L. 22-10-71, Code de commerce.

²⁴⁶ Art. L. 823-10, Code de commerce.

²⁴⁷ Art. R. 225-102, Code de commerce : « les sociétés dont les seuils dépassent 100 millions d'euros pour le total du bilan ou 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice ».

²⁴⁸ Art. R. 225-105-2, Code de commerce : « I.-L'organisme tiers indépendant mentionné au V de l'article L. 225-102-1 est désigné, selon le cas, par le directeur général ou le président du directoire, pour une durée qui ne peut excéder six exercices, parmi les organismes accrédités à cet effet par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou par tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatéral établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation. L'organisme tiers indépendant est soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11-3 ».

²⁴⁹ Art. L. 225-102-1, V, R. 225-105-2, et A. 225-1 à A. 225-4, Code de commerce. Plus précisément, l'avis porte sur la conformité de la déclaration aux dispositions prévues au I et au II de l'article R. 225-105, ainsi que sur la sincérité des informations fournies en application du 3° du I et du II de l'article R. 225-105.

²⁵⁰ Art. L. 229-25, Code de l'environnement.

²⁵¹ Art. L. 233-1 et D. 233-6, Code de l'énergie. « Peuvent être reconnus compétents pour la réalisation d'un audit énergétique, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'énergie :

1° un prestataire externe titulaire d'un signe de qualité répondant à un référentiel d'exigences de moyens et de compétences et délivré par un organisme accrédité par un organisme signataire de l'accord multilatéral pris dans le cadre de la coordination européenne des organismes d'accréditation ;

2° un personnel interne à l'entreprise.

Les personnes réalisant l'audit énergétique ne peuvent participer directement à l'activité soumise à l'audit sur le site concerné ».



- Des référents de l'administration du travail (DREETS, anciennement Direccte) sont également chargés d'accompagner les entreprises, à leur demande, pour le calcul de l'**index d'égalité homme-femme**²⁵².

3.2 - Une mesure corrective : l'injonction

L'unité des dispositifs se fait autour de l'injonction qui est l'instrument privilégié du respect des obligations qu'ils comportent. C'est une mesure rapide (elle peut être demandée en référé) et très efficace lorsqu'elle est assortie d'une astreinte.

64 - Droit commun vs droit spécial. L'injonction est prévue, en droit commun, au nombre des mesures pouvant être ordonnées en référé²⁵³. Lorsqu'elle est spécialement prévue par les textes du Code de commerce, c'est généralement pour alléger les conditions de sa mise en œuvre, notamment pour dispenser le demandeur d'avoir à démontrer qu'il a qualité et intérêt à agir au sens du droit commun ou que l'obligation n'est pas sérieusement contestable²⁵⁴. La plupart des dispositifs de prévention des risques extra-financiers sont assortis d'une injonction dont les modalités varient.

3.2.1 - Les dispositifs relevant du Code de commerce

Selon que la société est ou non cotée, l'injonction est exclusivement judiciaire ou peut être administrative.

3.2.1.1 - L'injonction judiciaire

65 - Si le procédé – l'injonction judiciaire – est bien commun aux différents dispositifs, on ne peut que relever les disparités procédurales (tribunal de commerce vs tribunal judiciaire de Paris pour le plan de vigilance) et de formulation de leurs conditions d'ouverture dont on ne saurait dire si elles cachent une différence substantielle (*les personnes intéressées*²⁵⁵, *toute personne intéressée*²⁵⁶, ou encore *toute personne justifiant d'un intérêt à agir*²⁵⁷).

66 - L'injonction générale. Une injonction générale est ouverte « *aux personnes intéressées* » par l'article L. 238-1 du Code de commerce qui figure dans le chapitre relatif aux dispositions

²⁵² Art. D. 1142-7, Code du travail.

²⁵³ Art. 872 et 873, Code de procédure civile.

²⁵⁴ V. F. MANIN, E. JEULAND, « Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 1.

²⁵⁵ Art. L. 238-1, Code de commerce.

²⁵⁶ Art. L. 255-102, Code de commerce.

²⁵⁷ Art. L. 225-102-5, Code de commerce.



communes aux diverses sociétés commerciales²⁵⁸. Il prévoit que lorsque les personnes intéressées ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission des documents visés à certains articles, dont l'article L. 225-115, elles peuvent demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication. Le renvoi à l'article L. 225-115 permet de sanctionner par l'injonction le défaut de communication du rapport de gestion, du **rapport sur le gouvernement d'entreprise, de la déclaration de performance extra-financière, du montant des rémunérations des dirigeants sociaux**²⁵⁹.

67 - Les injonctions spéciales. L'injonction « générale » coexiste avec des injonctions spéciales qui figurent dans le chapitre relatif aux sociétés anonymes :

- la première est prévue à l'article L. 225-102²⁶⁰ (derniers alinéas) lorsque la société ne publie pas toutes **les mentions du rapport sur le gouvernement d'entreprise** (par renvoi des articles L. 225-37-4 et L. 22-10-10)²⁶¹ ;

- la seconde est prévue aux articles L. 225-102-1²⁶² et L. 22-10-36 lorsque la société ne publie pas de **déclaration de performance extra-financière**.

²⁵⁸ Art. L238-1, Code de commerce :

« Lorsque les personnes intéressées ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission des documents visés aux articles L. 221-7, L. 223-26, L. 225-115, L. 225-116, L. 225-117, L. 225-118, L. 225-129, L. 225-129-5, L. 225-129-6, L. 225-135, L. 225-136, L. 225-138, L. 225-177, L. 225-184, L. 228-69, L. 237-3 et L. 237-26, elles peuvent demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants, et dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

La même action est ouverte à toute personne intéressée ne pouvant obtenir du liquidateur, des administrateurs, gérants ou dirigeants communication d'une formule de procuration conforme aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'État ou des renseignements exigés par ce décret en vue de la tenue des assemblées.

Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge des administrateurs, des gérants, des dirigeants ou du liquidateur mis en cause ».

²⁵⁹ L'article L. 225-115 du Code de commerce vise « 2°, les rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et des commissaires aux comptes, s'il en existe, qui seront soumis à l'assemblée ».

²⁶⁰ Art. L. 225-102, Code de commerce « Lorsque le rapport annuel ne comprend pas les mentions prévues au premier alinéa, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer ces informations.

Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge des administrateurs ou des membres du directoire, selon le cas ».

²⁶¹ Elle vient également sanctionner le défaut de publication des mentions du rapport de gestion relatives à l'état de la participation des salariés.

²⁶² Art. L. 225-102-1, Code de commerce : « Lorsque le rapport prévu au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 ne comporte pas la déclaration prévue au I ou au II du présent article, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III ou à l'article L. 22-10-36. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire ».



68 - Convergence. Générale ou spéciales, ces dispositions prévoient un même type d'injonction, demandée par les personnes intéressées, prononcée par le président du tribunal agissant en référé, adressée aux dirigeants de la société et assortie d'une astreinte. La compétence du tribunal de commerce paraît s'imposer dans la mesure où la demande ressortit des contestations relatives aux sociétés commerciales au sens de l'article L. 721-3 du Code de commerce.

On observe que ces injonctions ont également en commun de ne viser qu'à l'obtention de l'information. En conséquence, une demande de rectification d'une information inexacte ne saurait emprunter cette voie ; pas plus qu'une demande d'adoption d'une règle d'organisation induite par l'une des obligations d'information (par exemple, l'obligation pour la société d'être dotée d'une **politique de diversité** induite par la déclaration sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées).

69 - Différences. La formulation de ces dispositions est toutefois différente. Certaines différences paraissent accidentelles : ainsi, l'article L. 238-1 et l'article L. 225-102 semblent imposer l'injonction sous astreinte alors que l'article L. 225-102-1 ne prévoit d'astreinte que « *le cas échéant* » ; pour les trois dispositifs, l'astreinte et les frais de procédure sont *à la charge des administrateurs ou des membres du directoire*, mais seul l'article L. 225-102-1 prévoit que les dirigeants seront tenus au paiement *solidairement ou individuellement*.

Une autre différence mérite plus d'attention : les injonctions spéciales peuvent être demandées par *toute personne intéressée*, alors que le texte général, l'article L. 238-1 du Code de commerce, ne vise que les *personnes intéressées* ; sous cette dernière formule, il est permis de penser que le législateur ne vise que les créanciers de l'information, destinataires des rapports qui seront soumis à l'assemblée ce qui ne devrait inclure que les associés et, le cas échéant, les obligataires de la société²⁶³.

Le législateur vient donc doubler l'injonction générale par une injonction spéciale lorsque certaines informations intéressent d'autres personnes que les seuls destinataires des documents sociaux.

70 - L'injonction particulière de la loi sur le devoir de vigilance. L'injonction est également la mesure destinée à remédier au défaut d'établissement, de mise en œuvre et de communication d'un **plan de vigilance**. Elle intervient *après une mise en demeure* restée sans effet pendant trois mois,

²⁶³ Les obligataires peuvent également obtenir communication de ces documents et, le cas échéant, demander au président du tribunal compétent de prononcer une injonction (art. L. 238-1, Code de commerce par renvoi à l'article L. 228-69 du même code). Cette fermeture relative de l'action est aujourd'hui justifiée car les sociétés non cotées ne sont pas tenues de rendre public leur rapport de gestion (Art. L. 232-23, Code de commerce). Demain, si la proposition de directive CSRD est adoptée en l'état, la publicité du rapport de gestion sera imposée à toutes les « grandes entreprises » de sorte qu'un mécanisme d'injonction ouvert cette fois à toute personne intéressée, devrait être prévu à l'encontre des dirigeants de ces grandes entreprises (Nouvel art. 30.1. de la directive 2013/34/UE, tel que modifié par la proposition de directive CSRD).



à la demande de « toute personne justifiant d'un intérêt à agir ». La demande est portée devant la juridiction compétente ou le président du tribunal statuant en référé. L'astreinte est prononcée « le cas échéant ». Le délai de remédiation accordé à la société peut s'expliquer par la procédure d'adoption du plan de vigilance qui doit être élaboré avec les parties prenantes. La loi n° 2021-1729 pour la confiance en l'institution judiciaire a mis un terme aux incertitudes en confiant au tribunal judiciaire de Paris les actions relatives au devoir de vigilance²⁶⁴.

3.2.1.2 - L'injonction administrative

71 – L'AMF et les sociétés cotées. L'AMF contrôle non seulement la publication des informations dues par les sociétés cotées mais également la qualité de ces informations²⁶⁵. Si les informations fournies sont incomplètes ou inexacts, l'Autorité peut ordonner à la société de procéder à des publications rectificatives ou complémentaires et, au cas où la société ne défère pas à l'injonction, l'AMF peut procéder elle-même aux publications rectificatives ou complémentaires. Les frais occasionnés par ces publications restent à la charge de la société. Lorsque l'information relève de « l'information réglementée » au sens du règlement général de l'AMF, la compétence de l'autorité ne se discute pas : il s'agit du **rapport de gestion** comportant, le cas échéant, la **déclaration de performance extra-financière** et le rapport sur les **risques des établissements SEVESO, du rapport sur le gouvernement d'entreprise** et, lorsqu'il y a lieu, du **rapport sur les paiements faits aux gouvernements**. Au-delà, en dépit des termes très larges de l'article L. 621-18 du Code monétaire et financier²⁶⁶, et alors même que certaines autres informations peuvent éclairer la décision de l'investisseur, voire avoir une incidence sur le cours des instruments émis par l'émetteur concerné, l'AMF est évincée au profit d'autorités concurrentes, l'ADEME en matière climatique et le tribunal judiciaire de Paris pour le plan de vigilance.

²⁶⁴ Art. L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire. Le choix du tribunal judiciaire a été ainsi justifié d'une part par l'objet de ces actions « qui dépassent largement le seul contentieux du droit des sociétés traditionnellement dévolu au tribunal de commerce. Si les obligations de vigilance peuvent être considérées comme étant en lien direct avec la gestion de la société, elles n'y sont pas réductibles puisqu'il s'agit d'identifier et de prévenir les risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. La compétence naturelle du tribunal judiciaire pour l'application du droit commun de la responsabilité civile, expressément visé à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, plaide également pour regrouper les deux actions possibles en matière de vigilance (actions en cessation de l'illicite et réparation) devant le même tribunal. Le regroupement n'est possible qu'au profit du tribunal judiciaire, faute de pouvoir confier l'action en responsabilité civile au tribunal de commerce », Rapport Sénat n° 834 (2020-2021) sous art.34.

²⁶⁵ Art. L. 621-18, Code monétaire et financier.

²⁶⁶ « L'Autorité des marchés financiers s'assure que les publications prévues par les dispositions législatives ou réglementaires sont régulièrement effectuées » et plus loin, « elle vérifie les informations que ces émetteurs publient ». La référence de l'article L. 621-18 aux émetteurs mentionnés à l'article L. 451-1-2 ou aux émetteurs dont les titres sont admis aux négociations sur un système multilatéral de négociation soumis aux dispositions du II de l'article L. 433-3 pourrait inciter à cantonner le pouvoir d'injonction au rapport financier annuel visé par l'article L. 451-1-2 ; toutefois, ce renvoi n'ayant vocation qu'à définir le champ d'application ratione personae de l'obligation, il ne nous paraît pas pouvoir fonder le cantonnement du pouvoir de l'AMF.



3.2.2 - Les dispositifs hors du Code de commerce

72 - L'injonction par l'autorité de contrôle. Les dispositifs qui se trouvent à la frontière du droit des sociétés et pour lesquels une autorité de contrôle a été instituée octroient à cette autorité la possibilité de mettre en demeure la société défaillante de s'exécuter. C'est le cas pour les dispositifs visant à assurer la transition énergétique : le bilan des émissions de gaz à effet de serre et le plan de transition qui y est attaché, ainsi que pour l'audit énergétique. Si les textes n'utilisent pas le terme injonction, la logique est la même : obtenir la correction de l'irrégularité par la mise en demeure.

Concernant le **bilan des émissions de gaz à effet de serre** et le **plan de transition**, si un manquement est constaté, le Préfet « *met en demeure l'auteur de ce manquement de satisfaire à son obligation dans un délai qu'il détermine* ». Si « *l'intéressé* » ne satisfait pas à son obligation alors une amende d'un montant maximum de 1.500 euros peut être prononcée par le préfet. La sanction peut être rendue publique.

Quant à l'**audit énergétique**, l'ADEME à qui cet audit doit être transmis met en demeure l'intéressé de se conformer à ses obligations dans un délai qu'elle fixe. Cette mise en demeure peut être rendue publique et une amende peut être infligée si « *l'intéressé* » ne se met pas en conformité.

L'existence d'une autorité contrôlant la bonne application de ces obligations justifie que la sanction ne soit pas prononcée à la demande d'une « *personne intéressée* » mais directement par l'autorité.

73- Le plan anti-corruption et l'injonction de l'AFA. S'agissant du dispositif anti-corruption, l'article 17 de la loi Sapin 2 qui impose à certaines sociétés la mise en place de mesures destinées à prévenir et à détecter la commission de faits de corruption ou de trafic d'influence prévoit que si ces mesures ne sont pas mises en œuvre, alors la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption « *peut enjoindre à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes à la société destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans* ».

74 - À l'inverse, aucune disposition spéciale n'est prévue s'agissant de la **procédure d'alerte** imposée par l'article 8 de la même loi qui ne pourra être sanctionnée que sur le fondement du droit commun.

3.3 - Les sanctions *stricto sensu*

L'injonction est souvent complétée par des sanctions *stricto sensu*, qui peuvent être administratives, pénales ou civiles.

3.3.1 - Les sanctions administratives

Chaque fois qu'une autorité administrative est investie du pouvoir de contrôler l'exécution des obligations en matière extra-financière, le législateur a prévu qu'elle puisse sanctionner les manquements à ces dispositifs par des sanctions pécuniaires administratives.



75 - Les sanctions prononcées par l'AMF. En cas de défaut de publication par les sociétés cotées de l'information périodique ou d'omission de certaines mentions dans l'information réglementée²⁶⁷ la société serait exposée à une sanction prononcée par l'AMF sur le fondement de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, sanction dont le montant est plafonné à 100 millions d'euros ou dix fois le profit réalisé²⁶⁸. On notera que seule l'omission et non l'information inexacte pourrait ainsi être sanctionnée par l'AMF, sauf à ce que puisse être caractérisé un abus de marché, autrement dit que l'inexactitude de l'information soit susceptible d'avoir une incidence sur le cours de l'instrument financier concerné²⁶⁹. Dans cette hypothèse d'ailleurs, peu importe que l'information diffusée ne relève pas de l'information réglementée : la diffusion de toute information (financière ou extra-financière), fautive ou trompeuse, susceptible d'affecter le cours d'un instrument financier admis aux négociations sur une plateforme de négociation, peut constituer un abus de marché.

76 - Les sanctions prononcées par l'ADEME. En cas de défaut de publication d'un **bilan des émissions de gaz à effet de serre**, la société pourrait être sanctionnée par l'ADEME d'une amende de 10 000 euros maximum, portée à 20 000 euros en cas de récidive²⁷⁰.

En cas de manquement à l'obligation de publier un **audit énergétique**, la sanction susceptible d'être prononcée par l'ADEME est d'un montant de 2 % maximum du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, porté à 4 % en cas de récidive²⁷¹.

77 - Les sanctions prononcées par l'AFA. En cas de manquement aux obligations imposées par l'article 17 de la loi Sapin 2 aux fins de lutte contre la **corruption**, le magistrat qui dirige l'agence peut adresser un avertissement aux représentants de la société. Par ailleurs, la commission des sanctions de l'AFA peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 € pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales²⁷².

78 - Les sanctions prononcées par l'administration du travail. En cas de non-conformité aux obligations de **parité dans les instances dirigeantes** posée par la loi Rixain, une *pénalité financière est prévue*, d'un maximum de 1% des rémunérations et gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai susvisé. De la même façon, si **l'index égalité homme-femme** n'est pas publié ou s'il est inférieur au seuil de 75% fixé par décret alors une pénalité financière peut être prononcée à l'encontre de l'employeur, dont le montant maximum est également fixé à 1% de la masse salariale.

²⁶⁷ Au sens de l'article 221-1, RG AMF.

²⁶⁸ Le montant de sanction peut être porté jusqu'à 15 % du chiffre d'affaires annuel total de la personne sanctionnée lorsque le manquement est relatif aux obligations de publication prévues par l'article L. 451-1-2 du Code monétaire et financier visant, notamment, le rapport de gestion.

²⁶⁹ AMF CDS, 2 novembre 2017 SAN-2017-09.

²⁷⁰ Art. L. 229-25, III, Code de l'environnement.

²⁷¹ Art. L. 233-4, Code de l'énergie.

²⁷² Art. 17, V, L. Sapin 2.



79 - La loi sur le devoir de vigilance ? On notera qu'aucune sanction administrative ne vient sanctionner les manquements aux obligations relatives au **devoir de vigilance**. Le législateur avait prévu une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros que le Conseil constitutionnel a jugée non conforme au principe de légalité des délits et des peines²⁷³.

3.3.2 - Les sanctions pénales

80 - En dépit de la dépenalisation du droit des sociétés, quelques sanctions pénales subsistent en cas de violation des dispositifs de prévention des risques extra-financiers.

Lorsqu'aucun **rapport de gestion** n'est établi, une amende de neuf mille euros est prévue à l'encontre des dirigeants²⁷⁴ mais le seul fait d'omettre les éléments extra-financiers du rapport ne saurait constituer l'infraction.

Le fait de ne pas satisfaire à la publication du **rapport relatif aux paiements faits aux gouvernements** ou de publier des informations partielles ou erronées est puni d'une amende de trois mille sept cent cinquante euros. Les personnes morales encourent, outre cette amende, la peine complémentaire prévue au 9° de l'article 131-39 du Code pénal²⁷⁵.

3.3.3 - Les sanctions civiles

Certains dispositifs sont assortis également de sanctions civiles.

3.3.3.1 - La nullité

81 - Nullité prescrite en cas de violation des exigences de parité dans les conseils d'administration et de surveillance. La nullité n'est prévue qu'à titre de sanction de l'**exigence de parité** au sein des conseils d'administration et de surveillance. Toute nomination intervenue aux conseils en violation de cette exigence et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition de l'organe est nulle²⁷⁶. Initialement, la loi prévoyait que cette nullité n'entraînait pas celle « *des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé* ». La loi PACTE a supprimé cette mention « *afin de renforcer le caractère coercitif du dispositif* » de sorte que la nullité de la nomination irrégulière pourrait entraîner la nullité des décisions adoptées par un conseil irrégulièrement composé.

²⁷³ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

²⁷⁴ Art. L. 242-8 (SA) et L. 243-1 (SCA), Code de commerce.

²⁷⁵ Art. L. 225-102-3, Code de commerce.

²⁷⁶ Art. L. 225-18-1, Code de commerce.



82 - Nullité écartée. La nullité de la décision sociale a, en revanche, été **expressément exclue** des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de violation de l'obligation de gérer la société en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux telles que posée par **la loi PACTE**.

En cas d'absence de **rapport de gestion**, la nullité de l'assemblée générale pourrait être prononcée²⁷⁷, mais l'omission des seuls éléments extra-financiers du rapport ne saurait fonder la nullité.

3.3.3.2 - La responsabilité

83 - La loi sur le devoir de vigilance. La loi sur le devoir de vigilance prévoit expressément la responsabilité de l'auteur du manquement aux obligations édictées en matière de plan de vigilance, mais renvoie aux articles 1240 et 1241 du Code civil, de sorte que le Conseil constitutionnel a pu considérer que le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison de ces manquements est engagée dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ceux-ci et le dommage.²⁷⁸

3.3.3.3 - Les autres sanctions

Le législateur cherche la sanction la plus efficace, celle qui « mord », et peut, à cette fin, abandonner les sanctions civiles classiques pour des mesures plus originales.

84 - Suspension du versement des rémunérations. L'article L. 225-45 du Code de commerce prévoit la suspension du versement de la rémunération (anciens jetons de présence) aux administrateurs lorsque le conseil d'administration n'est pas composé conformément aux exigences de parité.

85 – Exclusion des marchés publics. L'article 35 de la loi Climat prévoit la possibilité d'exclure de la procédure des marchés publics les entreprises qui n'établissent pas de plan de vigilance malgré leurs obligations. Un nouvel article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique précise, en effet, que « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence

²⁷⁷ Art. L. 225-121, Code de commerce pour les SA.

²⁷⁸ Ce texte ne crée pas, en revanche, de régime spécial de responsabilité des dirigeants sociaux. On ne saurait en effet inférer de ce que le texte ne mentionne pas « la responsabilité de la société », mais « le manquement aux obligations définies à l'article L.225-102-4 », le fait que la responsabilité civile personnelle des dirigeants se trouve atraite dans le champ de la disposition spéciale et soustraite au régime de responsabilité issu des articles L. 225-251 et suivants du Code de commerce, c'est-à-dire à l'exigence d'une faute détachable. L'obligation définie à l'article L. 225-102-4 pèse au premier chef et sans spécificité sur la société personne morale.



ou d'engagement de la consultation (...) ». Une disposition similaire est également prévue pour les contrats de concession au travers de la création d'un nouvel article L. 3123-7-1 du Code de la commande publique. Un décret portant modification du Code de la commande publique, dont la parution au Journal officiel est prévue prochainement, fixera la date d'entrée en vigueur de ces dispositions.

86 - L'énoncé des sanctions révèle une certaine convergence : l'existence de contrôles préventifs, la place faite à l'injonction, l'importance de la sanction administrative. L'impression de désordre naît de la diversité des autorités de sanction, autorités administratives (ADEME, AFA, AMF, Direction du travail, préfet), et judiciaires (tribunal de commerce, tribunal judiciaire de Paris). Par ailleurs, un réel sentiment d'insécurité juridique naît de la formulation, voisine, mais non identique, de textes ayant le même objet en matière d'injonction.



2^e PARTIE : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS

87 - Le plan d'action européen. L'Union européenne s'est engagée résolument dans la prévention des risques extra-financiers. Son Plan d'action intitulé « *Financer la croissance durable* » vise à « *réorienter les flux de capitaux vers des investissements durables en vue de parvenir à une croissance durable et inclusive ; gérer les risques financiers induits par le changement climatique, l'épuisement des ressources, la dégradation de l'environnement et les problématiques sociales ; et favoriser la transparence et une vision de long terme dans les activités économiques et financières* »²⁷⁹. La publication par les entreprises d'informations en matière de durabilité est considérée par la Commission comme une condition préalable à la réalisation de ces objectifs.

Différentes initiatives réglementaires s'inscrivent d'ores et déjà dans ce Plan. On mentionnera à ce titre :

- le règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (SFDR)²⁸⁰ ;
- le Règlement Taxonomie dont l'article 8 exige des grandes entreprises des informations sur la manière et la mesure dans laquelle leurs activités peuvent être considérées comme durables sur le plan environnemental ;
- la proposition de directive CSRD qui substitue à la déclaration de performance extra-financière un rapport de durabilité exigé de toutes les grandes entreprises et des petites et moyennes entreprises cotées ;
- la proposition de directive sur le devoir de vigilance (sur la diligence raisonnable en matière de développement durable).

88 - Le nouveau concept de durabilité. Ces textes s'ordonnent autour d'un nouveau concept, celui de sustainability, généralement traduit en français par « *durabilité* ». La notion de « *durabilité* » a été définie par le règlement SFDR. Aux termes de l'article 2 point 24) du Règlement, les « *facteurs de durabilité* » sont « *des questions environnementales, sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme et la lutte contre la corruption et les actes de corruption* ». La notion est reprise par la proposition de directive CSRD. Dans la dernière version de la proposition²⁸¹, les « *questions de durabilité* », sont définies comme « *les droits environnementaux, les droits sociaux, les droits de l'homme et les facteurs de gouvernance, y compris les facteurs de durabilité au sens de l'article 2, point 24), du règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil* »²⁸².

²⁷⁹ COM(2018) 97 final.

²⁸⁰ Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

²⁸¹ Version du 29 juin 2022.

²⁸² Proposition de modification de l'article 2 17) de la directive 2013/34/UE.



Toujours selon la proposition de directive CSRD :

- les facteurs environnementaux incluent des informations sur le changement climatique, les ressources aquatiques et marines, l'utilisation des ressources et l'économie circulaire, la pollution, la biodiversité et les écosystèmes²⁸³ ;
- les facteurs sociaux et liés aux droits de l'homme incluent des informations sur l'égalité des chances, les conditions de travail, le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales, des principes et normes démocratiques²⁸⁴ ;
- les facteurs de gouvernance incluent des informations sur le rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance de l'entreprise, les caractéristiques des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de l'entreprise dans le cadre du processus de publication des informations en matière de durabilité, l'éthique des affaires et la culture d'entreprise (notamment la lutte contre la corruption), les engagements politiques de l'entreprise, la gestion et la qualité des relations avec les partenaires commerciaux²⁸⁵.

La Commission européenne est habilitée à adopter par actes délégués, des normes de durabilité précisant les informations requises²⁸⁶. Ces normes devront être cohérentes avec la taxonomie en cours d'élaboration.

89 - La rupture de la proposition CSRD. La proposition de directive CSRD prévoit de substituer à la déclaration de performance extra-financière un rapport portant sur les différentes composantes de ce nouveau concept de durabilité.

Elle en modifie significativement le **champ d'application** pour l'imposer non seulement aux grandes sociétés cotées, mais également aux *grandes entreprises* non cotées et aux PME cotées, ces dernières bénéficiant d'une entrée progressive dans le dispositif²⁸⁷ ; on estime ainsi à 50 000

²⁸³ Art 29 ter 2 a) de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD.

²⁸⁴ Art 29 ter 2 b) de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD.

²⁸⁵ Art 29 ter 2 c) de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD.

²⁸⁶ Pour ce faire, la Commission devra « tenir compte » de l'avis technique de l'EFRAG, avis sur lequel seront appelés à se prononcer le groupe d'expert des États membres sur la finance durable et les trois autorités de supervision européenne. Elle devra consulter en outre l'Agence européenne pour l'environnement, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Banque centrale européenne, le comité des organes européens de supervision de l'audit et la plateforme sur la finance durable, afin de garantir la cohérence des normes d'information en matière de durabilité avec la politique et la législation pertinentes de l'Union.

²⁸⁷ Le dispositif ne leur sera applicable qu'en 2026 et un mécanisme d'opt-out leur permettra, jusqu'en 2028, de ne pas publier de rapport de durabilité à condition d'expliquer brièvement dans son rapport de gestion pourquoi les informations en matière de durabilité ne sont pas publiées (Art. 5 de la proposition de directive CSRD et Art. 19 bis 5 bis) de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD).



le nombre des sociétés qui seront soumises au nouveau dispositif, alors que la déclaration de performance extra-financière ne concernait que 11 700 entreprises environ. Par ailleurs, alors que jusqu'à présent l'obligation d'information n'avait pas de portée extraterritoriale, la proposition prévoit d'y soumettre les entreprises de pays tiers réalisant un chiffre d'affaires significatif sur le territoire de l'Union européenne²⁸⁸.

Elle **supprime le principe « *comply or explain* »** qui gouvernait la déclaration de performance extra-financière²⁸⁹.

Par ailleurs, les actes délégués à venir donneront un **contenu** très précis à chacun des facteurs de durabilité. Les indicateurs à publier seront issus du nouveau référentiel édicté par le règlement taxonomie²⁹⁰ ; ils devront être contrôlés par un prestataire d'assurance indépendant. On glisse ainsi de l'information à la comptabilité extra-financière.

Enfin, la proposition impose **un seul support**, le rapport de gestion, et un format de présentation numérique qui devrait simplifier la lecture et l'analyse des informations.

90 - Les conséquences en droit français. La transposition de la directive CSRD conduira à la disparition de la déclaration de performance extra-financière ; elle modifiera, à la marge, le rapport sur le gouvernement d'entreprise et le rapport de gestion. Au-delà, elle pourrait être l'occasion de retoucher certains dispositifs nationaux afin de tenter de simplifier et rationaliser l'ensemble.

Les enseignements tirés de l'état des lieux des dispositifs de prévention des risques extra-financiers conduisent à attirer l'attention et formuler quelques propositions s'agissant de l'exercice même de transposition (I) et de ce qui pourrait être fait à l'occasion de la transposition (II).

91 - Recommandations

Dans le cadre de l'exercice de transposition de la directive CSRD

Transposer la directive le plus fidèlement possible, qu'il s'agisse du champ d'application de l'obligation de publier un rapport de durabilité ou du contenu de ce rapport :

²⁸⁸ Art. 19 bis 7 de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD.

²⁸⁹ Considérant 31 « L'article 19 bis, paragraphe 1, et l'article 29 bis, paragraphe 1, de la directive 2013/34/UE exigent des entreprises qu'elles fournissent une explication claire et motivée des raisons pour lesquelles, le cas échéant, elles n'appliquent pas de politique relative à une ou plusieurs des matières énumérées. Le traitement différent réservé aux informations publiées sur les politiques que les entreprises peuvent appliquer, par rapport aux autres domaines d'information couverts par ces articles, a créé une certaine confusion parmi les entreprises qui publient des informations et n'a pas contribué à améliorer la qualité des informations publiées. Il n'est donc pas nécessaire de maintenir ce traitement différent des politiques dans la directive. Les normes détermineront quelles informations doivent être communiquées pour chacun des domaines d'information visés aux articles 19 bis et 29 bis ».

²⁹⁰ La proposition de directive CSRD invite, pour des raisons de cohérence, à utiliser la classification du Règlement Taxonomie ; le Règlement renvoie lui-même à des « critères d'examen technique » « détaillés et calibrés » pour les différentes activités économiques à définir par la Commission, aidée pour ce faire par la plateforme sur la finance durable qui regroupe institutionnels et experts. Les actes délégués déjà adoptés dans le cadre de ce processus donnent une idée de la complexité du dispositif en dépit de la mise au point d'un outil (the 'taxonomy compass') censé en faciliter l'application.



- soumettre à l'obligation de publier un rapport de durabilité les grandes entreprises telles que définies par la directive 2013/34/UE indépendamment de leur forme sociale et les PME dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;
- unifier la définition du *grand groupe* en retenant les mêmes seuils que ceux de la grande entreprise et maintenir l'exemption des sociétés incluses dans le périmètre du groupe ;
- introduire dans la loi la référence aux catégories de *grande, moyenne, petite et micro entreprise* ;
- dédier un article spécifique au rapport de durabilité, accueillant les seules dispositions issues de la directive à l'exclusion de tout autre dispositif d'origine nationale ;
- reprendre la terminologie européenne inspirée des standards internationaux et renoncer à trouver des équivalents dans les expressions et notions juridiques de droit interne ;
- utiliser systématiquement les renvois entre dispositifs proposés par la directive ;
- conserver l'injonction prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce comme sanction de la violation de l'obligation de publication du rapport de durabilité ;
- attendre la directive européenne sur le devoir de vigilance pour prendre parti sur la dévolution à une autorité administrative d'un pouvoir de sanction des obligations édictées en matière de durabilité.

Approfondir la réflexion relative au « lieu » de la transposition : au sein des dispositions particulières applicables à la société anonyme, ou dans les dispositions communes aux diverses sociétés commerciales, aux côtés des articles régissant les comptes sociaux.

À l'occasion de la transposition de la directive CSRD

- Construire les dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers sur le modèle européen : y soumettre les *grandes entreprises*, en dispenser les PME non cotées, prévoir un régime allégé pour les PME cotées.
- Lever l'option ouverte aux États membres par l'article 19.4 de la directive 2013/34/UE pour dispenser les moyennes entreprises non cotées de la publication d'indicateurs de performance non financière dans leur rapport de gestion.
- Soumettre les SAS aux dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers.



- Saisir l'occasion de la transposition de la directive pour vérifier la formulation des seuils des différents dispositifs de prévention des risques extra-financiers en vue de préciser et d'harmoniser les modalités de calcul de ces seuils.
- Dispenser les sociétés soumises à l'obligation de publier un rapport de durabilité de certaines obligations d'information extra-financière de droit interne (indicateurs climatiques dans le rapport de gestion des sociétés cotées, bilan des émissions de gaz à effet de serre, plan de transition, audit énergétique).
- Expliciter l'articulation entre le rapport de durabilité et les autres dispositifs de prévention des risques extra-financiers de droit interne (plan de vigilance, dispositif anti-corruption, indicateurs de parité).
- S'interroger sur la survie de l'exigence des informations *sociétales* de la déclaration de performance extra-financière et, en cas de maintien, isoler l'exigence dans une disposition distincte de l'article relatif au contenu du rapport de durabilité.
- Regrouper les injonctions spéciales du chapitre 5 du titre 2 du Livre 2 du Code de commerce au sein d'une seule disposition dont la rédaction serait celle de l'article L. 225-102-1.



I. Dans le cadre de la transposition de la directive CSRD

La rupture introduite par la proposition de directive CSRD mettra le législateur français face à des choix de fond et de forme : comment transposer (1.1) et où transposer (1.2).

1.1 - Comment transposer ?

92 - Transposer au plus près. Quoi que l'on puisse penser des choix européens, la proposition traduit la volonté politique des gouvernements des États membres et s'inscrit dans un ensemble de textes avec lesquels il interagit. Il convient dès lors de le transposer au plus près.

On se souvient que la France avait sur-transposé la directive 2014/95/UE relative à la déclaration de performance extra-financière en soumettant à l'obligation non seulement les grandes sociétés cotées employant plus de 500 salariés mais également les très grandes sociétés non cotées (sociétés dépassant 500 salariés et 100 M€ de chiffre d'affaires net ou de total bilan) ; parallèlement, s'agissant du contenu de la déclaration, elle avait maintenu les exigences de la loi Grenelle 2 y ajoutant seulement un paragraphe dans le cadre de la transposition de la directive²⁹¹. Ce mode de transposition gêne l'interprétation et l'application des obligations.

Aussi, qu'il s'agisse du champ d'application (1.1.1), du contenu (1.1.2) ou des sanctions (1.1.3) du dispositif, un alignement sur le texte de la directive nous paraît s'imposer pour ne pas ajouter du désordre à la complexité.

1.1.1 - Le champ d'application

93 - Les choix européens. Aligner le droit français sur le champ d'application européen supposerait de retenir la *grande entreprise* comme point d'appui de la réglementation (1.1.1.1), de faire de la cotation un critère alternatif de déclenchement des obligations (1.1.1.2), d'écarter le critère de la forme sociale (1.1.1.3), de rationaliser la prise en compte des groupes (1.1.1.4) et, le cas échéant, intégrer dans la loi la référence aux catégories des grande, petite, moyenne et micro entreprises (1.1.1.5).

²⁹¹ Prévue aux articles L. 225-102-1 et L. 22-10-36 du Code de commerce issus de la transposition de la directive 2014/95/UE (NFRD), la déclaration de performance extra-financière intègre de multiples éléments résultant d'interventions nationales l'ayant précédée depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite « NRE », en passant par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle 2 », la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, « TECV », ou la loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire, ou d'initiatives postérieures à sa transposition, telles que la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, ou la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous... L'article R. 225-105 qui définit le contenu de la déclaration de performance extra-financière a repris les termes de l'ancien article R. 225-105-1 créé par le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 pris en application de la loi Grenelle 2 et lui a ajouté un alinéa dans le cadre de la transposition.



1.1.1.1 - Retenir la grande entreprise comme point d'appui de la réglementation

94 - La logique du critère de la taille. La directive CSRD soumet les grandes entreprises au sens de la directive 2013/34/UE à l'obligation de publier un rapport de durabilité. Il s'agit des entreprises franchissant deux seuils sur trois : 20 millions de total de bilan, 40 millions de chiffre d'affaires net, 250 salariés²⁹².

Le choix de la taille de l'entreprise comme seuil de déclenchement de l'obligation se justifie, nous l'avons rappelé : il s'agit de soumettre à cette comptabilité extra-financière les entreprises qui, en raison de leur taille, ont un impact tel, que les risques auxquels elles sont exposées comme ceux qu'elles engendrent doivent être étroitement surveillés ; ce sont par ailleurs les entreprises qui, du fait de leur taille, sont à même de supporter les contraintes nées de ces obligations.

Le critère est déjà utilisé par la directive 2013/34/UE : en matière comptable, la *grande entreprise* est le seuil de déclenchement de l'obligation de publier des comptes sociaux complets²⁹³ et ce sera le seuil de déclenchement de l'obligation de publier le rapport de gestion²⁹⁴.

Par ailleurs, c'est le critère de déclenchement de l'obligation de publier la déclaration des paiements aux gouvernements pour les entreprises extractives²⁹⁵, et de l'obligation de publier une politique de diversité lorsque la société est cotée ; ce pourrait être le seuil de déclenchement de l'obligation de publication d'indicateurs de performance extra-financière dans le rapport de gestion (option ouverte aux États membres)²⁹⁶.

1.1.1.2 - Faire de la cotation un critère alternatif de déclenchement de l'obligation

95 - Le sens du critère de la cotation. Si la directive CSRD fait prévaloir le critère de la taille sur celui de la cotation, elle maintient toutefois la cotation comme critère autonome de déclenchement de l'obligation.

Traditionnellement, seules les sociétés cotées sont soumises à des exigences de *reporting* allant au-delà de la reddition de comptes aux actionnaires ; nous avons rappelé que l'information est due aux investisseurs pour éclairer leur choix, elle contribue également à la formation du cours de l'instrument financier, et l'on attend, par ailleurs, du marché correctement informé, une pression contribuant à la transformation vertueuse des entreprises.

²⁹² On rappelle que le droit français soumet aujourd'hui à l'obligation de publier une déclaration de performance extra-financière les très grandes entreprises et groupes non cotés (100 millions d'euros pour le total du bilan, ou 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice) et les grandes entreprises cotées employant plus de 500 salariés.

²⁹³ Art. 31 de la directive 2013/34 UE.

²⁹⁴ Art. 30 de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait modifié par la proposition de directive CSRD. Les PME cotées resteraient toutefois soumises à l'obligation de publication.

²⁹⁵ Sous réserve de EIP telles que définies à l'article L. 123-16-2 du Code de commerce.

²⁹⁶ Art. 19, 4 de la directive 2013/34 UE.



Aussi, si l'Union européenne fait aujourd'hui prévaloir le critère de la taille, elle maintient toutefois, de manière autonome, le critère de la cotation. Les entreprises dont les titres sont cotés sur un marché réglementé de l'Union européenne seront soumises à l'obligation de publier un rapport de durabilité, alors même qu'elles ne seraient pas des grandes entreprises mais des PME ; seules en sont exclues les micro-entreprises cotées. La proposition prévoit toutefois une entrée progressive dans le dispositif et un contenu allégé du rapport pour les PME cotées.

1.1.1.3 - Écarter le critère de la forme sociale et soumettre la SAS à l'obligation de publier un rapport de durabilité

96 - Soumettre la SAS au dispositif. La SAS est visée en annexe 1 de la directive 2013/34/UE au nombre des formes sociales de droit français auxquelles la directive est applicable. Dès lors que le point d'appui de la réglementation est le critère de la taille de l'entreprise, rien ne justifie que les SAS soient exemptées de l'obligation de publier un rapport de durabilité.

L'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce devrait être modifié pour inclure l'article L. 225-102-1 dans les dispositions concernant les sociétés anonymes applicables à la SAS dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le droit spécial la régissant²⁹⁷, sauf à ce que le rapport de durabilité rejoigne les dispositions communes applicables aux sociétés commerciales²⁹⁸.

Soumettre à l'obligation de publier un rapport de durabilité les grandes entreprises telles que définies par la directive 2013/34/UE indépendamment de leur forme sociale et les PME dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

1.1.1.4 - Rationaliser la prise en compte des groupes

97 - Vérifier les seuils du grand groupe. Ainsi qu'on l'a rappelé, en droit français, le périmètre du groupe est défini, pour les comptes consolidés, en référence à l'article L. 233-16 du Code de commerce qui renvoie à l'article R. 233-16. Or l'article R. 233-16 du Code de commerce reprend les seuils de la directive 2013/34/UE en les augmentant de 20%, option ouverte par la directive 2013/34/UE à certaines conditions. En revanche, pour la déclaration de performance extra-financière imposée aux sociétés mères cotées le grand groupe est bien défini avec les mêmes seuils

²⁹⁷ Il conviendra de veiller à ne pas reproduire pour le rapport de durabilité l'ambiguïté du jeu de renvoi qui permet à certains de contester la soumission de la SAS à la loi sur le devoir de vigilance (v. supra note 117).

²⁹⁸ V. infra n°101.



que la grande entreprise²⁹⁹, sans usage de l'option³⁰⁰. Lors de la transposition de la directive CSRD, il conviendrait, *a minima*, de vérifier si la majoration de 20% des seuils du grand groupe est justifiée par les méthodes comptables utilisées, en droit interne, pour établir les comptes consolidés et, dans l'affirmative, si cette majoration doit également être appliquée pour déterminer les groupes soumis au rapport de durabilité ou si une différence de traitement peut être justifiée.

98 - Maintenir l'exemption des sociétés consolidées. La proposition de directive ne revient pas sur le principe selon lequel la publication d'une information consolidée par la société mère dispense les sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation de publier les informations. Cette exemption a pu être contestée³⁰². Prenant en considération la critique, la dernière version de la proposition y apporte une exception – les filiales qui sont des grandes entreprises dont les titres sont cotés sur un marché réglementé ne peuvent en bénéficier³⁰³ – et vient en atténuer les effets en soumettant les sociétés consolidées à l'obligation d'indiquer dans leur rapport de gestion le nom de l'entreprise mère, les liens web vers le rapport consolidé de gestion de l'entreprise mère et vers l'avis d'assurance sur les informations publiées en matière de durabilité³⁰⁴.

Aussi la dispense nous paraît-elle devoir être préservée lors de la transposition.

Unifier la définition du *grand groupe* en retenant les mêmes seuils que ceux de la *grande entreprise* et maintenir l'exemption des sociétés incluses dans le périmètre du groupe, à l'exception des *grandes entreprises* cotées.

²⁹⁹ Art. R. 225-204, Code de commerce.

³⁰⁰ Sous réserve de l'ambiguïté née des renvois, v. *supra* n°35.

³⁰¹ L'article 3.8 prévoit que « Les États membres autorisent que, pour le calcul des limites chiffrées indiquées aux paragraphes 5 à 7 du présent article [les seuils des groupes], il ne soit pas procédé à la compensation visée à l'article 24, paragraphe 3, et à toute élimination découlant de l'article 24, paragraphe 7. Dans de tels cas, les limites chiffrées des critères relatifs au total du bilan et au chiffre d'affaires net sont majorées de 20 % . »

Cela vise les hypothèses où « les valeurs comptables des actions ou parts dans le capital des entreprises comprises dans la consolidation sont compensées par la fraction qu'elles représentent dans les capitaux propres de ces entreprises » et « Les états financiers consolidés font apparaître les éléments d'actif et de passif, la situation financière et le résultat des entreprises comprises dans la consolidation comme si elles constituaient une seule entreprise », notamment par compensation des créances et des dettes.

La majoration de 20% des seuils est donc autorisée, mais seulement si les méthodes évoquées ne sont pas appliquées.

³⁰² Projet de rapport sur la 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) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 2021/0104(COD), Rapporteur P. Durand.

³⁰³ Art. 19 bis, 7 bis et 29 bis, 7 bis de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait modifié par la proposition de directive CSRD.

³⁰⁴ Cons. 21 bis, Art. 19 bis.



1.1.1.5 - Introduire dans la loi la référence aux catégories des grande, moyenne, petite et micro entreprises

99 - Alléger et imager le texte. Lorsque le législateur français cantonne l'application d'un dispositif à certaines entreprises sous condition de seuil, il utilise un procédé de légistique différent suivant les articles, certains procédant par renvoi à des dispositions réglementaires³⁰⁵, alors que d'autres prévoient les seuils et les modalités de calcul dans les dispositions législatives³⁰⁶.

Le droit européen, en revanche, commence par distinguer, dans un article liminaire quelques catégories d'entreprises qu'il définit – grandes, moyennes, petites et microentreprises ; il peut ensuite indiquer le champ d'application de chaque disposition par référence à l'une de ces expressions : « *les grandes entreprises sont tenues de...* ». Le procédé européen a le mérite d'alléger le texte, d'en simplifier la lecture et, peut-être également, de retenir les velléités de combinaison des seuils pour tenter de rester fixé sur l'une des catégories ainsi définies.

La transposition de la directive CSRD pourrait être l'occasion de reprendre le procédé européen³⁰⁷ en veillant à utiliser le mode de calcul des seuils préconisé par la directive, soit un chiffre d'affaires *net*, un nombre *moyen* de salariés, et en précisant si les salariés concernés sont les salariés *permanents* ou non.

Les définitions de la petite et moyenne entreprise figurent aujourd'hui à l'article D. 123-200 du Code de commerce « *pour l'application des articles L. 123-16 et L. 123-16-1* », dans le paragraphe relatif à la *présentation comptable simplifiée*, au sein du chapitre 3 relatif aux obligations générales des commerçants du Titre 2 du Livre 1^{er} sur le commerce en général.

Elles pourraient avantageusement être reprises dans le Titre premier du Livre 2 consacré aux sociétés commerciales, au sein des dispositions préliminaires, ou dans le Titre 3 relatif aux dispositions communes aux sociétés commerciales.

Introduire dans la loi la référence aux catégories de *grande, moyenne, petite et micro entreprise*.

³⁰⁵ Par exemple : art. L. 225-102-1 ; L. 225-102-3 ; L. 22-10-10,2° ; L. 22-10-36, Code de commerce.

³⁰⁶ Par exemple : art. L. 225-18-1, et L. 225-69-1 ; art. L. 225-102-4, Code de commerce ; art. 17, L. Sapin 2.

³⁰⁷ Les expressions *grande, moyenne, petite et micro entreprises* sont aujourd'hui définies à l'article D. 123-200 du Code de commerce pour l'application des articles L. 123-16 et L. 123-16-1 du même code.



1.1.2 - Le contenu

100 - Les choix européens. La proposition de directive CSRD supprime la déclaration de performance extra-financière pour lui substituer un nouveau rapport dit « *de durabilité* » dont le contenu sera défini de manière très précise par les actes délégués de la Commission (1.1.2.1), il formule les obligations en reprenant les standards internationaux utilisés par les Nations Unies et l'OCDE (1.1.2.2) et il prend en considération les doublons susceptibles de naître entre le rapport de durabilité et le rapport de gestion ou le rapport sur le gouvernement d'entreprise (1.1.2.3).

1.1.2.1 - Éviter l'hybridation des textes

101 - Transposer le rapport de durabilité au sein d'un article dédié. L'une des difficultés d'application de l'article L. 225-102-1 relatif à la déclaration de performance extra-financière est née de l'hybridation de dispositions issues de différentes sources au sein d'un même article, l'article R. 225-105, qui comporte des dispositions issues à la fois de la transposition de la directive 2014/95/UE et de multiples initiatives nationales.

Si l'exigence de publication du rapport de durabilité devait être transposée à la place de la déclaration de performance extra-financière, il conviendrait de réécrire l'article L. 225-102-1 et l'article R. 225-105 du Code de commerce pour les dédier exclusivement à cette transposition (sous réserve que la disposition réglementaire ne soit pas purement et simplement supprimée au profit d'un renvoi aux actes délégués).

Dédier un article spécifique à la transposition, accueillant les seules dispositions issues de la directive à l'exclusion de tout autre dispositif d'origine nationale.

1.1.2.2 - Reprendre la terminologie européenne qui s'inspire aujourd'hui des standards internationaux

102 - Renoncer à chercher un équivalent français. La proposition de directive CSRD comme la proposition relatif au devoir de vigilance s'inscrivent résolument dans les standards internationaux ; ils se calent sur les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et le guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises. Tenter de traduire ces concepts engendre des confusions et coupe le droit français d'une source importante de droit souple nécessaire à leur interprétation.

La lecture des considérants de la proposition est révélatrice. Y figurent notamment :

- l'indication de la *méthode* au travers du *processus de diligence raisonnée* qui doit être mis en œuvre par les entreprises pour *identifier, prévenir, atténuer et corriger* les principales incidences



négatives réelles et potentielles liées à leurs activités, et déterminer comment elles y remédient ;

- l'indication du *périmètre* des informations publiées : les informations publiées en matière de durabilité devraient *contenir des informations sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, y compris ses propres opérations, produits et services, ses relations commerciales et sa chaîne d'approvisionnement, le cas échéant* (cons. 29)³⁰⁸ ;

- *la notion d'incidence négative principale* : conformément aux principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, une *incidence négative* réelle ou potentielle *doit être considérée comme principale* lorsqu'elle figure parmi les incidences les plus importantes liées aux activités de l'entreprise en fonction de la gravité de l'incidence sur la population ou l'environnement, du nombre de personnes qui sont ou pourraient être touchées, ou de l'ampleur des dommages causés à l'environnement, et de la facilité avec laquelle le dommage pourrait être réparé, en rétablissant l'environnement ou les personnes touchées dans leur situation antérieure (cons. 27) ;

- *le principe de la double importance relative* : « Ces articles obligent donc les entreprises à publier des informations sur la manière dont différentes questions de durabilité influent sur l'entreprise ainsi que sur les incidences des activités de l'entreprise sur la population et l'environnement. Il s'agit du principe de la « double importance relative », selon lequel la notion d'importance relative est envisagée de deux points de vue : celui des risques pour l'entreprise et celui des incidences de l'entreprise » (cons. 25).

Reprendre la terminologie européenne inspirée des standards internationaux et renoncer à trouver des équivalents dans les expressions et notions juridiques de droit interne.

1.1.2.3 - Utiliser les renvois

103 – La proposition de directive prend en compte les doublons qui naissent de la coexistence au sein même de la directive 2013/34/UE de certaines dispositions relatives au rapport de gestion, à la déclaration de gouvernement d'entreprise et au nouveau rapport de durabilité. Lors de la transposition de la directive, il conviendrait de veiller à reprendre ces renvois.

³⁰⁸ Le processus de diligence raisonnée concerne l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, y compris ses propres activités, ses produits et services, ses relations commerciales et ses chaînes d'approvisionnement (cons. 27) et art. 19 bis, 2.e), ii).



Si l'entreprise publie un **rapport de durabilité**, la proposition de directive CSRD :

- dispense l'entreprise d'insérer dans le **rapport de gestion** la rubrique correspondant aux indicateurs de performance non financière³⁰⁹ ;
- dispense l'entreprise d'insérer dans la **déclaration sur le gouvernement d'entreprise**, *une description de la politique de diversité*, une référence devant toutefois figurer dans la déclaration de gouvernement d'entreprise³¹⁰.

104 – Il faut toutefois noter que la proposition de directive crée un nouveau risque de doublon. Il prévoit en effet que les grandes entreprises et les PME cotées devront intégrer dans leur rapport de gestion des informations « *sur les ressources incorporelles essentielles dont dépend fondamentalement le modèle économique de l'entreprise* » et expliquer « *cette dépendance ainsi que la manière dont ces ressources constituent une source de création de valeur pour l'entreprise* »³¹¹. Le considérant (28) de la proposition de directive donne quelques illustrations de ces informations en indiquant que certaines « *sont inhérentes aux questions de durabilité, et feront donc partie des informations publiées en matière de durabilité* ». Le constat est donc fait que dans la plupart des hypothèses il ne sera pas possible de distinguer les informations sur les ressources incorporelles des informations en matière de durabilité, sans qu'aucune solution ne soit proposée pour éviter ces doublons³¹².

Utiliser systématiquement les renvois entre dispositifs proposés par la directive.

1.1.3 - Les mesures et sanctions

La proposition de directive CSRD instaure des mesures préventives ; elle prévoyait également des sanctions spécifiques, dont des sanctions administratives. La dernière version de la proposition abandonne la modification du volet sanction de la directive 2013/34/UE. En revanche, elle enrichit le volet préventif.

³⁰⁹ L'art. 19 bis 6 de la proposition de directive prévoit que « les entreprises qui satisfont aux exigences des paragraphes 1 à 4 sont réputées avoir satisfait à l'exigence énoncée à l'article 19, paragraphe 1, troisième alinéa ». Aujourd'hui déjà, si la société est soumise à la DPEF, elle est dispensée d'intégrer des indicateurs clés de performance non financière dans le rapport de gestion.

³¹⁰ Art. 20 g de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait ajouté par la proposition de directive CSRD.

³¹¹ Art. 19 de la directive 2013/34 UE tel qu'il serait modifié par la proposition de directive CSRD.

³¹² Dans les premières versions de la proposition cette information était prévue aux articles 19 bis et 29 bis et faisait partie intégrante du rapport de durabilité. Elle a été autonomisée et déplacée dans la version de février 2022. On appréciera la justification...

« Actifs incorporels – Définition et communication d'informations (Article 19 de la « Directive comptable »)

Certaines délégations ont demandé une clarification de la définition des « actifs incorporels » et des obligations y afférentes. En compromis, la présidence a suggéré d'inclure leurs obligations de publication d'informations dans l'article 19 « contenu du rapport de gestion » de la Directive comptable. »



105 - Mesures préventives. S'agissant des mesures préventives, la proposition de directive impose un contrôle du rapport de durabilité. Ce contrôle est différent de celui qui est aujourd'hui instauré en droit français :

- d'abord parce que s'il peut être confié à un organisme qui n'est pas un commissaire aux comptes, ce « *prestataire d'assurance indépendant* » accrédité est soumis à des exigences comparables à celles qui s'appliquent aux contrôleurs légaux des comptes ;

- ensuite parce que l'avis doit être délivré sur la base d'une *mission d'assurance limitée* pendant les six premières années, avant que soit imposée une *mission d'assurance raisonnable*. La conclusion d'une mission d'assurance limitée est généralement exprimée sous une forme négative, l'organisme déclarant n'avoir constaté aucun élément lui permettant de conclure que l'objet de l'audit est entaché d'inexactitudes significatives.

Il conviendra de faire évoluer le statut et la mission de l'organisme tiers indépendant, accrédité aujourd'hui par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou par un autre organisme habilité pour donner un avis sur la conformité et la sincérité des informations³¹³.

106 - Mesures correctives. S'agissant des mesures correctives, l'injonction telle que formulée à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce pourrait être préservée. Elle paraît en effet adaptée ; elle permettra à « *tout intéressé* » de demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations dues au titre du rapport de durabilité et, lorsqu'il est fait droit à la demande, de mettre l'astreinte et les frais de procédure à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire. L'ouverture de l'injonction à tout intéressé paraît nécessaire pour atteindre l'objectif de la directive³¹⁴.

Conserver l'injonction prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce comme sanction de la violation de l'obligation de publication du rapport de durabilité.

³¹³ Art. L. 225-102-1, V, R. 225-105-2, et A. 225-1 à A. 225-4, Code de commerce ; v. *supra* n° 61.

³¹⁴ V. Cons. (8), (12) et (16), proposition de directive. Les bénéficiaires finaux de ces informations sont les investisseurs, des organisations, y compris des organisations non gouvernementales et des partenaires sociaux, qui souhaitent que les entreprises rendent mieux compte de leurs incidences sur la population et l'environnement ainsi que d'autres parties prenantes, partenaires commerciaux des entreprises, y compris les clients, les responsables politiques et les agences environnementales peuvent utiliser ces informations, en particulier de manière agrégée, pour suivre les tendances environnementales et sociales, contribuer à la comptabilité environnementale et éclairer les politiques publiques. Peu de citoyens et de consommateurs consultent directement les rapports de l'entreprise, mais ils peuvent utiliser ces informations indirectement, par exemple lorsqu'ils examinent les conseils ou les avis de conseillers financiers ou d'organisations non gouvernementales.



107 - Les sanctions stricto sensu. La première version de la proposition de directive comportait l'obligation pour les États membres de prévoir des sanctions pécuniaires administratives. L'Autorité des marchés financiers s'impose s'agissant de l'information publiée par les sociétés cotées ; la proposition de directive CSRD prévoit d'ailleurs de modifier la directive Transparence afin de mieux assier le pouvoir des autorités de supervision financière de contrôler, au-delà de l'information financière, l'information sur la durabilité³¹⁵. En revanche, pour les sociétés non cotées, cette obligation posait la question de l'autorité compétente ; convenait-il de les soumettre également au pouvoir de sanction de l'AMF ou d'ajouter cette mission à une autre autorité (mais laquelle ?) ou encore de créer une nouvelle autorité ? La majorité des États membres se sont finalement opposés à cette modification de l'article 51 de la directive 2013/34/UE et elle a été retirée de la dernière version de la proposition. La question pourrait se poser à nouveau si la proposition de directive sur le devoir de vigilance devait aboutir³¹⁶ dans la mesure où elle prévoit la création d'une autorité investie du pouvoir de prononcer des sanctions administratives en la matière, de sorte que l'idée de confier à une même autorité le pouvoir de sanctionner les obligations en matière de durabilité, qu'elles soient des obligations d'information ou des règles d'organisation pourrait prospérer.

Attendre la directive européenne sur le devoir de vigilance pour prendre parti sur la dévolution à une autorité administrative d'un pouvoir de sanction des obligations édictées en matière de durabilité.

1.2 - Où transposer ?

108 - L'alternative. Le législateur français devra choisir où transposer au mieux la directive pour lui assurer une pleine effectivité. On peut hésiter car la transposition de la directive 2013/34/UE est déjà scindée entre deux titres du Livre 2 du Code de commerce relatif aux sociétés commerciales : le Titre II consacré aux *Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales*, et le Titre III regroupant les *Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales*.

- La première option consisterait à transposer l'exigence de fournir le rapport de durabilité à la place de la déclaration de performance extra-financière, c'est-à-dire à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, au sein du **Chapitre 5 - Des sociétés anonymes, du Titre II consacré aux Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales**.

Le régime spécial allégé des PME cotées trouverait alors une place naturelle dans le Chapitre X du même Titre, dédié aux sociétés cotées.

³¹⁵ V. considérant 70 et art. 2 de la proposition de directive CSRD.

³¹⁶ 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.



- La seconde option consisterait à tirer les conclusions de l'évolution vers une comptabilité extra-financière pour transposer l'exigence au sein du **Chapitre 2 – Des Comptes sociaux, du Titre III intitulé Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales** : l'obligation de publier un rapport de durabilité prendrait place au sein de la Section 1 du Chapitre 2, intitulée *Des documents comptables*.

Le régime spécial allégé des PME cotées trouverait alors sa place dans la *Section 2 – Des documents propres aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne*.

La première option sera mieux accueillie par les utilisateurs qui retrouveront aisément le rapport de durabilité à la place où figurait la déclaration de performance extra-financière à laquelle il se substitue. Elle présente toutefois l'inconvénient de perpétuer l'hypertrophie du droit de la société anonyme en l'alourdissant de dispositions dont le champ d'application est beaucoup plus étendu. La seconde option serait symboliquement forte en ce qu'elle marquerait l'évolution de la nature de ce *reporting* financier.

Approfondir la réflexion relative au « lieu » de la transposition : au sein des dispositions particulières applicables à la société anonyme ou, dans les dispositions communes aux diverses sociétés commerciales, aux côtés des articles régissant les comptes sociaux.



II. À l'occasion de la transposition de la directive CSRD

109 - La transposition de la future directive CSRD pourrait être l'occasion de retoucher certains dispositifs nationaux afin de simplifier et de rationaliser l'ensemble. L'exercice est délicat. Le désordre des textes et l'évolution rapide du cadre européen rendent difficile, à ce stade, un exercice de mise en cohérence. On suggèrera simplement quelques pistes s'agissant, de nouveau, des champs d'application (2.1), du contenu des dispositifs (2.2) et des mesures et sanctions (2.3).

2.1 - Les champs d'application

110 - Aux fins de simplifier le paysage des dispositifs extra-financiers, le droit français pourrait saisir l'occasion de la transposition de la directive CSRD pour se caler sur l'approche européenne, en alignant le champ d'application des principaux dispositifs de prévention des risques extra-financiers sur la notion de *grande entreprise* (2.1.1), en dispensant les petites et moyennes entreprises non cotées de ces dispositifs (2.1.2), sans égard pour la forme sociale (2.1.3) ; ce peut-être également l'occasion de d'harmoniser les modalités de calcul (2.1.4) et de s'interroger sur la rationalité de certains seuils (2.1.5).

2.1.1 - Aligner les champs d'application des principaux dispositifs extra-financiers sur la notion de « grande entreprise »

111 - *Les dispositifs proches des seuils de la grande entreprise.* La transposition de la directive pourrait être l'occasion d'aligner sur le seuil de la *grande entreprise* d'autres dispositifs de prévention des risques extra-financiers du droit français :

- le **bilan d'émission de gaz à effet de serre** et le **plan de transition**, imposés aux entreprises employant plus de 500 salariés en France (250 dans les DOM-TOM) ;

- l'**audit énergétique**, aujourd'hui exigé des *grandes entreprises*, mais au sens de la recommandation européenne 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 et non de la directive 2013/34/UE, maladroitement transposée³¹⁷ (total de bilan supérieur à 43 M€ et chiffre d'affaires annuel supérieur à 50 M€ ou effectif supérieur ou égal à 250 personnes).

³¹⁷ Art. R. 233-2 du Code de l'énergie. La transposition a été mal faite, la Recommandation a comme critère de PME celles qui « occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ». Alors que l'art. R. 233-2 pose le critère du nombre de salariés comme alternatif par rapport à une combinaison des critères de chiffre d'affaires et de bilan.



- **L'obligation de parité dans les conseils d'administration³¹⁸ et de surveillance³¹⁹** qui est aujourd'hui applicable aux sociétés qui emploient « *un nombre moyen d'au moins deux cent cinquante salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros* ».

112 - Les dispositifs plus éloignés des seuils de la grande entreprise. D'autres dispositifs sont encore éloignés des seuils de la grande entreprise.

- **Le dispositif anti-corruption de l'article 17 de la loi Sapin 2³²⁰** : 500 salariés et 100 M€ de chiffre d'affaires, sachant toutefois que le plan de durabilité, qui sera imposé aux *grandes entreprises*, induira l'existence d'une politique anti-corruption.

- **La loi sur le devoir de vigilance³²¹** : 5 000 salariés, si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français, 10 000 salariés, si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français ou étranger, sachant que les seuils fixés par le projet européen sont de 500 salariés et 150 M€ de chiffre d'affaires net, et pour les entreprises travaillant dans certains secteurs d'activité 250 salariés et 40 M€ de chiffre d'affaires net³²².

- **L'obligation de parité dans les instances dirigeantes (loi Rixain)** : 1 000 salariés dans l'entreprise.

Construire les dispositifs nationaux de prévention des risques financiers sur le modèle européen : y soumettre les *grandes entreprises* indépendamment de leur forme sociale, en dispenser les PME non cotées, prévoir un régime allégé pour les PME cotées.

2.1.2 - Dispenser les PME non cotées des dispositifs de prévention des risques extra-financiers

113 - L'option de l'article 19.4 de la directive 2013/34/UE. En droit français les petites et moyennes entreprises ne sont soumises, en matière extra-financière, qu'au dispositif d'alerte **de l'article 8 de la loi Sapin 2** (si elles emploient plus de 50 salariés), **à la loi PACTE et, si elles sont des**

³¹⁸ L. 225-18-1, Code de commerce.

³¹⁹ L. 225-69-1, Code de commerce.

³²⁰ Art. 17, Loi Sapin II.

³²¹ Art. L. 225-102-4, Code de commerce.

³²² 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.



moyennes entreprises, à l'obligation d'indiquer, dans leur rapport de gestion, des indicateurs de performance non financière.

La transposition de la future directive CSRD pourrait être l'occasion de supprimer cette dernière obligation en levant l'option de l'article 19.4 de la directive 2013/34/UE qui permet aux États membres d'exempter les petites et moyennes entreprises de l'obligation de publier, dans leur rapport de gestion, des indicateurs clefs de performance de nature non financière. La France n'avait pas utilisé l'option pour les moyennes entreprises. Il serait possible de le faire à la faveur de la transposition de la directive CSRD.

114 - Les dispositifs applicables en raison de l'activité de la PME. Resteraient, en revanche, soumises à certains dispositifs, en raison de leur activité,

- les PME « *entités d'intérêt public* » (s'il en existe), telles qu'elles sont définies à l'article L. 123-16-2 du Code de commerce (établissements financiers régulés)³²³,

- . qui ne peuvent bénéficier de la dérogation de l'article 19.4 de la directive concernant les indicateurs non financiers du rapport de gestion³²⁴,
- . qui doivent la déclaration de paiements aux gouvernements ;

- et les PME qui exploitent une installation SEVESO qui, en tout état de cause, sont tenues de publier une politique de prévention des risques³²⁵.

Lever l'option ouverte aux États membres par l'article 19.4 de la directive 2013/34/UE pour dispenser les moyennes entreprises non cotées de la publication d'indicateurs non financiers dans leur rapport de gestion

³²³ Art. L. 123-16-2, Code de commerce : « Les dispositions des articles L. 123-16 et L. 123-16-1 ne sont pas applicables : 1° aux établissements de crédit et sociétés de financement mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier et aux établissements de paiement et établissements de monnaie électronique mentionnés à l'article L. 521-1 du même code ; 2° aux entreprises d'assurance et de réassurance mentionnées aux articles L. 310-1 et L. 310-1-1 du Code des assurances, aux fonds de retraite professionnelle supplémentaire mentionnés à l'article L. 381-1 du même code, aux institutions de retraite professionnelle supplémentaire mentionnées à l'article L. 942-1 du Code de la sécurité sociale, aux mutuelles ou unions mentionnées à l'article L. 214-1 du Code de la mutualité, aux organismes de sécurité sociale mentionnés à l'article L. 114-8 du Code de la sécurité sociale, aux institutions de prévoyance et à leurs unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale et aux mutuelles et unions de mutuelles régies par le livre II du Code de la mutualité ».

³²⁴ Art. 40, Directive 2013/34/UE.

³²⁵ Art. L. 225-102-2, Code de commerce.



2.1.3 - Inclure les SAS dans le champ des dispositifs de prévention des risques extra-financiers

Compte-tenu du succès de la SAS qui a largement supplanté la société anonyme (ces cinq dernières années, il s'est créé en moyenne, chaque année, cent dix sociétés anonymes contre plus de trente mille sociétés par actions simplifiées), l'efficacité des dispositifs de prévention des risques extra-financiers suppose leur application aux SAS.

115 - Loi sur le devoir de vigilance. La soumission de la SAS à la loi sur le devoir de vigilance est parfois contestée au motif que si l'article L. 225-102-4 du Code de commerce fait partie des dispositions concernant les sociétés anonymes applicables à la SAS, il renvoie à l'article L. 225-100 qui, lui-même, n'est pas applicable à la SAS, de sorte que ce renvoi ferait obstacle à la soumission de la SAS au dispositif. Mais le renvoi à l'article L. 225-100 n'a d'autre objet que d'indiquer le rapport de gestion comme support de la publication du plan, or si les SAS ne sont pas tenues d'établir un rapport de gestion sur le fondement de l'article L.225-100, elles y sont obligées par l'article L. 232-1, de sorte que l'argument, trop formel, ne peut convaincre. Il conviendrait toutefois de dissiper cette ambiguïté.

116 - Parité. Par ailleurs, si la SAS est bien visée au titre des « entreprises » par la loi Rixain tenues de publier les écarts de représentation et d'atteindre les objectifs de mixité au sein des cadres et instances dirigeantes, elles ne sont pas soumises à l'obligation de représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils d'administration et de surveillance, au motif qu'elles ne sont pas tenues d'être dotées de conseils d'administration ou de surveillance. De nouveau, l'argument apparaît très formel. L'objectif voulu par le législateur ne peut être atteint que si les grandes SAS qui choisissent de se doter d'organes collégiaux d'administration ou de surveillance sont soumises à cette obligation³²⁶.

Soumettre les SAS aux dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers.

2.1.4 - Harmoniser les modalités de calcul des seuils

117 – Précision et harmonisation des seuils. La transposition de la directive CSRD pourrait également être l'occasion de :

- relire les différents textes pour harmoniser le mode de calcul des seuils en l'alignant sur la directive 2013/34/UE :

³²⁶ Il devrait en aller de même d'ailleurs de la représentation des salariés aux organes d'administration.



- . chiffre d'affaires *net* (v. la nouvelle définition du chiffre d'affaires net donné par la proposition de directive CSRD (nouvel art. 2.a) 5) de la directive 2013/34/UE)),
- . nombre moyen de salariés au cours de l'exercice ;

- s'interroger sur le point de savoir s'il convient de prendre en compte les salariés *permanents* et le préciser s'il y a lieu ;

- s'assurer que la *durée des franchissements de seuils* aux fins de déclenchement des obligations est bien justifiée.

2.1.5 - S'interroger sur la rationalité des seuils des dispositifs nationaux fixés exclusivement en nombre de salariés

118 – Le lien logique entre l'obligation et le seuil de déclenchement. On peut penser qu'il devrait exister un lien entre la nature de l'obligation déclenchée et la définition de seuil de déclenchement. Il peut par exemple paraître logique que pour la représentation des salariés et des actionnaires salariés au conseil d'administration, un seuil fixé uniquement en nombre de salariés soit choisi ; de la même manière, on comprend le raisonnement qui conduit à fixer en nombre de salariés le seuil de déclenchement de l'obligation de publier les écarts de représentation entre les femmes et les hommes parmi les dirigeants et d'atteindre certains ratios (loi Rixain).

On peut, en revanche s'interroger sur le choix d'un seuil fixé exclusivement en nombre de salariés pour l'obligation de publication du bilan des émissions de gaz à effet de serre et l'élaboration d'un plan de transition³²⁷. Et, de la même manière, on peut questionner le choix d'un seuil défini exclusivement en nombre de salariés s'agissant de l'obligation de mettre en place un plan de vigilance³²⁸ ; le rapport d'information de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi sur le devoir de vigilance revient d'ailleurs sur ce choix, mais pour préconiser un abaissement du seuil en nombre de salariés et l'insertion d'un seuil alternatif en chiffre d'affaires ce qui aurait pour effet d'introduire une nouvelle combinaison de seuils³²⁹ ; on ne peut que recommander d'attendre la publication de la directive sur le devoir de vigilance

³²⁷ Art. L. 229-25, Code de l'environnement, personnes morales de droit privé employant plus de 500 salariés en France ou plus de 250 salariés (DOM-TOM).

³²⁸ L. 225-102-4, Code de commerce ; 5 000 si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français, 10 000 si les salariés sont employés par une société ayant ses filiales directes et indirectes sur le territoire français ou étranger.

³²⁹ Rapport AN n° 5124 du 24 février 2022, sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.



pour retoucher le texte³³⁰.

Saisir l'occasion de la transposition de la directive pour vérifier la formulation des seuils des différents dispositifs de prévention des risques extra-financiers en vue de préciser et d'harmoniser les modalités de calcul de ces seuils.

2.2 - Le contenu des dispositifs

119 - Alléger. La densité du rapport de durabilité devrait permettre de dispenser les sociétés qui y sont soumises de certains dispositifs nationaux afin d'éviter les doublons :

- dispenser les sociétés soumises par la future directive CSRD à l'obligation de publier un rapport de durabilité de l'obligation imposée aux sociétés cotées d'inclure dans leur **rapport de gestion des « indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité »** (L. 22-10-35, 1°) issue de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (art. 173). La proposition de directive CSRD prévoit en effet que le rapport de gestion contienne « *les plans définis par l'entreprise pour garantir la compatibilité de son modèle et de sa stratégie économique avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5°C conformément à l'accord de Paris* »³³¹ ainsi que des indicateurs pertinents³³² ;

- dispenser les entreprises soumises à l'obligation de publier un rapport de durabilité de l'obligation de publier **un bilan des émissions de gaz à effet de serre et un audit énergétique**³³³ plutôt que de relever le seuil de déclenchement.

120 - Créer des articulations. Au-delà des renvois, l'articulation des différents dispositifs devrait être anticipée :

- articuler clairement l'information à fournir au titre de la durabilité (volet gouvernance) et le **dispositif anti-corruption de l'article 17 de la loi Sapin 2** ;

³³⁰ 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. Les seuils fixés par la proposition de directive sont les suivants : l'entreprise a employé plus de 500 salariés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au niveau mondial au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été établis ; ou, l'entreprise n'a pas atteint les seuils visés au point a), mais a employé plus de 250 salariés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros au niveau mondial au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été établis, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires net ait été réalisé dans certains secteurs d'activité à fort impact.

³³¹ Art. 19 bis, 2, a, iii) de la directive 2013/34/UE tel qu'il serait rédigé à la suite de l'adoption de la proposition de directive CSRD.

³³² Art. 19 bis, 2, g de la directive 2013/34/UE tel qu'il serait rédigé à la suite de l'adoption de la proposition de directive CSRD.

³³³ Aujourd'hui déjà, si la société intègre dans sa DPEF les informations relatives aux objectifs, moyens et actions tendant à réduire les émissions de gaz à effet de serre, elle n'est pas tenue d'établir un plan de transition.



- envisager une articulation entre le rapport de durabilité et les **écarts de représentation dans les instances dirigeantes** publiés en application de la loi Rixain, ou l'**index d'égalité homme-femme** ;
- réfléchir à l'articulation existant entre le **plan de vigilance** et le futur rapport de durabilité en lien avec l'élaboration de la directive européenne ; aujourd'hui le Code de commerce prévoit que la déclaration de performance extra-financière peut renvoyer au plan de vigilance³³⁴.

121 - Isoler les informations sociétales. Une rubrique consacrée aux « *informations sociétales* » figure aujourd'hui à l'article R. 225-105, A, 3° du Code de commerce.

L'article R. 225-105, II, dispose en effet :

« *La déclaration contient, lorsqu'elles sont pertinentes au regard des principaux risques ou des politiques mentionnées au I du présent article : (...)*

3° Informations sociétales

a) Engagements sociétaux en faveur du développement durable :

- *l'impact de l'activité de la société en matière d'emploi et de développement local,*
- *l'impact de l'activité de la société sur les populations riveraines ou locales,*
- *les relations entretenues avec les parties prenantes de la société et les modalités du dialogue avec celles-ci,*
- *les actions de partenariat ou de mécénat ;*

b) Sous-traitance et fournisseurs :

- *la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux sociaux et environnementaux,*
- *la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale ;*

c) Loyauté des pratiques : les mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs ».

Cette rubrique n'a pas d'équivalent en droit européen, à la différence des informations de nature environnementale, sociale ou relatives à la lutte contre la corruption et les atteintes aux droits de l'homme qui devront être publiées au titre du futur rapport de durabilité. La question peut dès lors se poser du maintien de l'exigence. Ces informations pourraient en effet être fournies sur une base volontaire, c'est le sens de la norme sur la responsabilité sociétale ISO 26000 dont cette rubrique paraît inspirée. Si, toutefois, elle devait être maintenue, il conviendrait d'éviter qu'elle figure dans la disposition de transposition consacrée au rapport de durabilité afin de ne pas brouiller l'interprétation de deux dispositifs de source et de portée différentes.

- Dispenser les sociétés soumises à l'obligation de publier un rapport de durabilité de certaines obligations d'information extra-financière de droit interne (indicateurs climatiques du rapport de gestion des sociétés cotées, bilan des émissions de gaz à effet de serre, plan de transition, audit énergétique) ; à défaut organiser systématiquement des renvois, du rapport de durabilité vers le dispositif national.

³³⁴ Art. L. 225-102-1 III du Code de commerce.



- Expliciter l'articulation entre le rapport de durabilité et les autres dispositifs nationaux de prévention des risques extra-financiers (plan de vigilance, dispositif anti-corruption, indicateurs de parité).
- S'interroger sur la survie de l'exigence des informations sociétales de la déclaration de performance extra-financière et en cas de maintien, isoler l'exigence dans une disposition distincte de l'article relatif au contenu du rapport de durabilité.

2.3 - Les sanctions

122 - Regrouper les injonctions spéciales. La transposition de la directive CSRD pourrait également être l'occasion de regrouper les injonctions spéciales figurant dans le chapitre relatif aux sociétés anonymes dans une unique disposition, dont la rédaction serait alignée sur la formulation de l'article L. 225-102-1 pour permettre à « *tout intéressé* » de demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations et, lorsqu'il est fait droit à la demande, de mettre l'astreinte et les frais de procédure à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire.

Renverraient à cette disposition les articles sanctionnant par l'injonction la violation de leurs dispositions (L. 225-37-4, L. 225-102, L. 225-102-1, L. 22-10-10, L. 22-10-36...).

Regrouper les injonctions spéciales du chapitre 5 du titre 2 du Livre 2 du Code de commerce au sein d'une seule disposition dont la rédaction pourrait être celle de l'article L. 225-102-1.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Rapport académique



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL
sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés

- **France DRUMMOND**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, **Présidente**
- **Jean-Baptiste BARBIERI**, Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas, **co-rédacteur**
- **Thiphaine SAUPIN**, Docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas, **co-rédacteur**
- **Rodolphe EUGENE**, Doctorant de l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Augustin GRIDEL**, Docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres de l'Institut de recherche de droit des affaires de Paris (IRDA Paris)

- **Julien ICARD**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Mélody PELLISSIER**, Doctorante de l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Sabrina CHEIKH**, Doctorante de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres du Laboratoire de droit social de l'Université Paris-Panthéon-Assas



LA TRANSPARENCE EXTRA-FINANCIÈRE

Rapport pratique



RAPPORT SUR LA TRANSPARENCE EXTRA-FINANCIÈRE

Le présent rapport vise à exposer les recommandations du groupe de travail chargé de réfléchir aux impacts pratiques de la sur Directive CSR¹ sur les entreprises françaises. La transposition en droit français de cette Directive constitue une opportunité législative pour rechercher la cohérence des différents dispositifs en matière de transparence extra-financière, voire pour envisager le rapprochement de certains mécanismes notamment issus du devoir de vigilance, aujourd'hui français² et demain européen³, ou de la loi « Sapin 2 »⁴. Ces dispositifs, bien qu'autonomes, régissent en effet la démarche que les entreprises doivent adopter pour identifier, prévenir et gérer des risques ou enjeux, de degrés variables et selon des approches différenciées, qui portent néanmoins sur des thématiques sinon identiques, du moins similaires. Composé de praticiens (responsables juridiques ou conformité en entreprise, avocats, représentants d'organisations professionnelles), les travaux de ce groupe ont vocation à compléter et illustrer les réflexions du groupe de travail composé d'enseignants-chercheurs et présidé par Madame la Professeur France Drummond. Le groupe de travail invite les lecteurs du présent rapport à prendre connaissance de cet autre rapport, académique, dont les constats et propositions permettront de nourrir les évolutions à conduire en vue notamment d'assurer une meilleure coordination et une plus grande lisibilité des différents dispositifs.

Sans remettre en cause l'intérêt et le champ d'application des nouvelles obligations prévues par la directive CSR, le présent rapport met en lumière un certain nombre de difficultés que ne manqueront pas de rencontrer les sociétés cotées et, plus encore, les sociétés non cotées. Ces difficultés ont notamment trait aux organisations, méthodologies et outils qui devront être mis en place ainsi qu'à la charge de travail et aux coûts induits. Ces nouvelles obligations seront également de nature à générer des incertitudes et des facteurs de risques additionnels pour les entreprises françaises, qu'il convient d'évaluer avec attention.

I. Informations en matière de durabilité

1.1 - Observations générales sur le contenu et la cohérence des informations

Les informations en matière de durabilité prévues par la directive CSR ont vocation à se substituer à l'actuelle déclaration de performance extra-financière (DPEF). Elles devront obligatoirement

¹ Proposition de Directive 2021/0104 (COD) sur la publication d'informations en matière de durabilité par certaines entreprises. La présente note s'appuie sur la version de la proposition de Directive à la date du 21 avril 2021 et ne préjuge pas de sa version définitive. Un certain nombre d'amendements ont été déposés à l'automne 2021, dont on ne connaît pas encore l'issue.

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

³ Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité adoptée par la Commission Européenne le 23 février 2022.

⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.



figurer dans le rapport de gestion et se conformer à des normes d'information en matière de durabilité (la possibilité d'établir un rapport distinct et la faculté de « *comply or explain* » étant supprimées). Le groupe de travail prend acte de cette évolution et souhaite faire valoir les remarques suivantes :

a) À titre liminaire, le groupe de travail salue la volonté d'assurer la cohérence des nouvelles obligations au titre de la CSRD avec celles érigées par le Règlement Disclosure (SFDR) et le Règlement Taxonomie, afin d'assurer la bonne mise en œuvre du *Green Deal* ainsi que l'ambition d'établir des standards, sectoriels et généraux, par le truchement des travaux actuellement menés par l'EFRAG, en prenant en compte les standards internationalement reconnus.

b) Le groupe de travail note que les normes d'information de durabilité seront établies par des actes délégués de la Commission européenne. Ainsi, au titre des facteurs de gouvernance, devront être publiés :

« i) le rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance de l'entreprise, y compris en ce qui concerne les questions de durabilité, et leur composition ;

ii) l'éthique des affaires et la culture d'entreprise, y compris la lutte contre la corruption ;

iii) les engagements politiques de l'entreprise, y compris ses activités de lobbying ;

iv) la gestion et la qualité des relations avec les partenaires commerciaux, y compris les pratiques de paiement ;

v) les systèmes de contrôle interne et de gestion des risques de l'entreprise, notamment en ce qui concerne son processus de publication d'informations ».

S'agissant du contenu plus précis de ces cinq catégories d'informations, l'EFRAG travaille à l'élaboration de standards qui prendront la forme d'actes délégués européens pour l'élaboration desquels une consultation publique est en cours. **Le groupe de travail soutient ce régime harmonisé au niveau européen et souligne la nécessité d'éviter au maximum les surtranspositions nationales.**

c) La directive CSR modifie l'article 20 de la directive 2013/34 (« Directive Comptable ») concernant le rapport sur le gouvernement d'entreprise. Il est ainsi désormais possible, pour les sociétés publiant un rapport sur le gouvernement d'entreprise, de produire au titre des informations en matière de durabilité les informations relatives au contrôle interne et à la gestion des risques, à la composition et au fonctionnement des organes d'administration, et à la politique de diversité. Cette possibilité semble autoriser un renvoi au rapport de gestion. **Le groupe de travail observe que certains des éléments de gouvernance à inclure dans les informations en matière de durabilité semblent déjà exigés par des textes**, notamment au titre du rapport de gouvernement d'entreprise ou du devoir de vigilance. **Il préconise donc de permettre aux sociétés qui le souhaitent d'effectuer des renvois**, selon les marges de manœuvre permises par la CSRD. **Il pourrait également être prévu que les informations dont les entreprises doivent rendre compte au titre du devoir**



de vigilance puissent renvoyer aux informations en matière de durabilité produites dans le rapport de gestion. Cette approche permettrait ainsi que l'ensemble des informations en matière de durabilité (y compris les facteurs de gouvernance concernés) soit listé dans un même article du Code de commerce et contenu dans le rapport de gestion. Si ces informations sont à produire au titre d'autres textes, les entreprises resteraient libres de les reproduire à nouveau ou de renvoyer aux informations en matière de durabilité pour ce faire. On pourrait utilement s'inspirer d'articles existants pour opérer un renvoi aux informations en matière de durabilité⁵.

d) Le groupe de travail observe que des sociétés aujourd'hui non soumises à la DPEF ni à l'établissement d'un rapport de gouvernement d'entreprise (SAS, SARL) ont désormais vocation, du fait de la révision de la Directive Comptable par la CSRD, à produire des informations en matière de durabilité dans leur rapport de gestion. Afin d'éviter au maximum les effets induits conduisant à soumettre certaines formes juridiques à un corpus de règles qui ne leur sont pas applicables⁶, il conviendrait de prévoir expressément que le texte concernant les informations en matière de durabilité leur sont applicables. De ce fait, seuls les facteurs de gouvernance propres à la CSRD leur seraient applicables.

e) Le groupe de travail prend note que des normes en matière de durabilité spécifiquement applicables aux PME cotées sur un marché réglementé, qui devront être proportionnées et adaptées, feront l'objet d'actes délégués de la Commission européenne et devraient être obligatoires à compter du 1^{er} janvier 2026. Le groupe de travail appelle l'attention concernant les PME non cotées. L'application de normes en matière de durabilité doit rester purement volontaire.

1.2 - Publications d'informations prospectives

La directive CSR impose la publication d'informations prospectives, et non seulement historiques. **Le groupe de travail estime primordial de ne pas contraindre les sociétés à publier systématiquement des objectifs extra-financiers susceptibles d'être corrélés avec des données financières. Ce n'est pas clair... :**

⁵ Cf. en particulier les articles suivants :

- article L. 225-102-1 III du Code de commerce : « La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4 ».

- article L. 225-102-1 VI du Code de commerce : « Les sociétés qui s'acquittent de l'obligation énoncée au présent article sont réputées avoir satisfait à l'obligation prévue au 2^o du I de l'article L. 225-100-1, pour ce qui concerne les indicateurs de performance de nature non financière ».

- article L. 225-37 du Code de commerce : « Toutefois, les informations correspondantes peuvent être présentées au sein d'une section spécifique du rapport de gestion ».

⁶ En effet, la DPEF concerne actuellement les SA, les SCA et les SE dépassant certains seuils. Les SAS ne sont actuellement pas concernées par le dispositif, en raison du choix opéré par la France lors de la transposition.



- la réglementation actuelle contient déjà, de manière spécifique des obligations de publication d'informations prospectives (objectifs de réduction des gaz à effet de serre : art. R. 225-105 du Code de commerce) et de description de la stratégie d'affaires et des objectifs stratégiques des émetteurs (réglementation européenne Prospectus 3). En revanche, les sociétés restent libres de publier, ou non, des objectifs financiers qui sont par nature sujets à aléas. Cette décision relève de leur responsabilité ;

- **une telle obligation implique des conséquences importantes en matière de responsabilité pour les sociétés cotées.** La caractérisation d'une information privilégiée au sens du Règlement Abus de Marché et son impact en matière de communication financière pourraient entraîner l'obligation de publier un « *sustainability warning* » en cas de décrochage d'indicateurs extra-financiers par rapport aux objectifs affichés ;

- **une telle obligation conduirait les sociétés européennes à devoir publier des informations commercialement sensibles,** les indicateurs extra-financiers étant de plus en plus fonction d'indicateurs financiers (montants des achats, chiffre d'affaires, évolution de la production, etc.) ou qualitatifs confinant au secret des affaires. Ces obligations n'existent pas en dehors de l'Union Européenne, notamment aux États-Unis, en Chine, en Russie, ou encore au Royaume-Uni (dans un contexte post Brexit), avec par conséquent un enjeu de *level playing field* ;

- **la publication d'objectifs extra-financiers pourrait être détournée de son objet,** à savoir l'information pertinente des parties prenantes. Comme l'a souligné le rapport d'information de la Commission des finances concernant l'activisme actionnarial⁷, l'ESG constitue un terrain propice à ce type d'activisme qui pourrait instrumentaliser ces informations pour des finalités sans rapport avec le but recherché.

Sans préjudice des travaux d'élaboration de standards, notamment sectoriels, de l'EFRAG, le groupe de travail estime donc **qu'il est essentiel de laisser aux entreprises le soin de déterminer les horizons de temps adéquats et pertinents pour les objectifs qu'elles se fixent**, au regard de leurs enjeux et spécificités (activité, secteur, implantation géographique, attentes des parties prenantes, etc.), **ainsi que les indicateurs et objectifs qu'elles souhaitent publier, sans devoir les traduire en termes financiers.** Il va de soi que les entreprises devraient également indiquer comment accéder aux informations publiques relatives aux hypothèses utilisées pour la définition de ces objectifs, mais sans les obliger à publier des données confidentielles ou stratégiquement sensibles.

⁷ Rapport d'information du 2 octobre 2019 de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire concernant l'activisme actionnarial, p. 93.



1.3 - Publication d'informations sur les actifs incorporels

La directive CSR vise l'obligation pour les sociétés de publier des informations sur les actifs incorporels, notamment sur les capitaux intellectuels, humains, sociaux et relationnels. Le texte vise spécifiquement les incorporels qui ne sont pas comptabilisés⁸.

Il doit être souligné que, faute de référentiels précis, **ces informations seront difficiles à interpréter et à comparer**. Elles pourraient du reste soulever des problématiques en matière de sécurité économique (capital humain, recherche et développement, savoir-faire...). Ainsi, en toute hypothèse, il aurait été souhaitable **que seules des informations qualitatives soient concernées par cette obligation**.

II. Gouvernance du processus, audit et format des informations

2.1 - Élargissement des missions du comité d'audit

La directive CSR au comité d'audit le rôle de « *garant de l'intégrité du processus d'élaboration du reporting extra-financier* ». Le groupe de travail identifie **des difficultés majeures** à un tel élargissement :

- un comité d'audit ne doit être mis en place qu'au sein des « *entités d'intérêt public* » au sens de l'article L. 820-1 du Code de commerce, c'est-à-dire notamment les sociétés cotées, les établissements de crédit ou d'assurance. L'écrasante majorité des SAS et SARL n'est ainsi pas dotée de conseils d'administration, et encore moins de comités d'audit. Imposer l'instauration généralisée d'un comité d'audit dans toutes les formes de sociétés risque de **bousculer le mode de gouvernance d'un très grand nombre d'entreprises françaises** ;

- dans les SA, le comité d'audit est un comité d'étude mis en place par le conseil d'administration pour l'aider à examiner et se prononcer sur l'établissement des comptes. **Le comité d'audit agit sous la responsabilité du conseil d'administration** et ses membres doivent disposer de compétences financières particulières. Responsabiliser spécifiquement un comité d'étude sur le

⁸ "It is therefore necessary to require undertakings to disclose information on intangibles other than intangible assets recognised in the balance sheet, including intellectual capital, human capital, including skills development, and social and relationship capital, including reputation capital. Information on intangibles should also include information related to research and development".



processus d'élaboration du *reporting* extra-financier heurte **le principe de collégialité du conseil d'administration** sur lequel repose la gouvernance des SA. Cela ne facilite d'ailleurs pas une approche transverse des sujets extra-financiers, en pratique traités par différents comités d'étude du conseil⁹ et, en accroissant l'**exposition de la responsabilité des membres du comité d'audit**, conduira potentiellement à complexifier leur recrutement et accroître la tension observée sur le marché de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux (« *D&O* »).

Le groupe de travail estime donc qu'il aurait été préférable de laisser les sociétés libres d'organiser leur gouvernance, en cohérence avec leur situation et une approche par les risques. Il est dangereux de faire du comité d'audit un « *conseil d'administration bis* », responsable de l'information non financière, au risque de déstabiliser le droit des sociétés français et d'exposer les entreprises françaises à une instabilité de leur gouvernance et à des risques importants.

2.2 - Éventuelle incompatibilité des missions d'audit des informations financières et extra-financières

La Directive de 2014 ne prévoit pas d'audit obligatoire des informations extra-financières (audit pourtant imposé en France par la transposition de ladite Directive en droit français).

La directive CSR vise à renforcer les obligations d'audit des informations non financières, afin notamment d'améliorer la fiabilité de ces données au sein de l'Union européenne. Sur la base du rapport voté par le Parlement européen à l'initiative de Pascal Durand, a été introduit une incompatibilité entre audit des informations financières et audit des informations non financières, alléguant d'un risque de conflit d'intérêts et désirant favoriser l'émergence d'acteurs spécialisés dans l'audit des données non financières.

Le groupe de travail estime que **cette incompatibilité est dommageable pour la cohérence et la qualité de l'information financière et non financière** appelée de leurs vœux par de nombreuses parties prenantes, y compris l'ESMA¹⁰. En effet, **la tendance est au contraire au renforcement des synergies entre *reportings* financiers et extra-financiers**, à l'instar de ce que prévoit le Règlement Taxonomie qui requiert une remontée de données financières à confronter aux objectifs environnementaux, afin de déterminer la part du chiffre d'affaires, des investissements et des dépenses d'exploitation associée aux activités durables.

⁹ Les comités dédiés à la gouvernance pour les compétences RSE des administrateurs ou candidats à un mandat, dans le cadre de la politique de diversité du conseil d'administration, et les modalités de fonctionnement du Conseil ; les comités dédiés à la rémunération pour la prise en compte de la stratégie extra-financière dans les critères d'évaluation de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux ; les comités, nombreux en pratique, dédiés à la stratégie pour l'alignement des stratégies financière et extra-financière. Certaines sociétés se dotent également de comités dédiés à la RSE, ou décident de confier des missions spécifiques à un administrateur chargé de porter plus particulièrement les sujets RSE.

¹⁰ ESMA, *European common enforcement priorities for 2021 annual financial reports*, 29 octobre 2021, p. 11 : "In this context, ESMA highlights the importance of ensuring consistency and connectivity between the information provided within the non-financial statements in relation to climate-related matters with the information provided in the financial statements, including the judgements made and estimates which should duly consider any financial implications of climate-related matters".



En pratique, la plupart des grandes entreprises¹¹ nomment l'un de leurs commissaires aux comptes en qualité d'Organisme Tiers Indépendant (OTI) ayant pour mission de vérifier les informations publiées au titre de la déclaration de performance extra-financière. Les auditeurs extra-financiers bénéficient ainsi des travaux réalisés au titre de la mission d'audit légal. Ils sont donc d'autant plus pertinents dans l'appréciation de l'organisation, des systèmes d'information, du modèle d'affaires et des risques RSE de la société¹². Cette pratique permet également aux entreprises concernées de **bénéficier du réseau international des cabinets d'audits**, nécessaire pour mener à bien les audits dans les groupes de dimension mondiale (afin par exemple de disposer de compétences relatives aux réglementations locales).

En France, le risque de conflit d'intérêts lié au cumul des missions d'audit légal et de vérification des données non financières semble pouvoir être écarté du fait des obligations spécifiques auxquelles sont soumis les commissaires aux comptes et du rôle confié aux autorités de contrôle. Au niveau européen, la réforme de l'audit a significativement renforcé les obligations des auditeurs en matière d'indépendance ainsi que celles des entreprises dont ils certifient les comptes (liste de services interdits, plafonnement des honoraires des services autres que la certification des comptes, approbation préalable de ces services). Du reste, le groupe de travail s'interroge sur la difficulté qu'auront inéluctablement les nouveaux acteurs spécialisés dans l'audit extra-financier en matière de détection et de gestion de ce type de conflits d'intérêts, au regard du niveau des moyens financiers, techniques et humains à déployer (structures à créer ou développer, compétences et formations, contraintes réglementaires et coûts, assurances, etc.) et de la taille (souvent réduite) de ces nouvelles structures.

Enfin, on peut anticiper que, dans le contexte décrit ci-dessus et si l'incompatibilité envisagée était mise en place, ceci ne favorise pas l'émergence de nouveaux acteurs mais conduise simplement les sociétés à désigner en qualité d'OTI l'un des principaux acteurs de l'audit sur le marché (non commissaire aux comptes), avec des coûts supérieurs et une qualité de l'information dégradée.

Cette question est importante et je suis à dire vrai troublé sur le fond : l'information non financière fait appel à des données dont certaines, notamment sur le plan environnemental, sont de nature technique voire scientifique. En privilégiant (ce qui est la tendance générale aujourd'hui) le recours aux « *big four* » éventuellement élargi aux « *second tier firms* », on privilégie un *business model* d'audit intégré qui leur est commercialement favorable mais s'éloigne de la « *neutralité* » de la

¹¹ À date, une seule société du CAC 40 a désigné en qualité d'Organisme Tiers Indépendant une entité qui n'est pas l'un de ses Commissaires aux comptes.

¹² Les informations à publier au titre de la déclaration de performance extra-financière doivent viser à « à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité. » (art. L. 225-102-1 du Code de commerce).



régulation. À ce rythme, les firmes d'audit, deviendront une sorte de supermarché oligopolistique et multidisciplinaire... Mais peut-être ai-je tort... En tout cas, la dynamique déjà engagée par la Fondation IFRS et l'EFRAG montre que les auditeurs financiers sont « à la manœuvre » ! Je suis d'ailleurs étonné de la passivité des auditeurs « scientifiques » du type « Veritas ».

2.3 - Format digital

La directive CSR prévoit une obligation de publication sous format digital des informations non financières, laquelle s'inscrit dans la continuité de l'obligation récente de publication des informations financières dans un format électronique structuré. Ces obligations sont susceptibles de se renforcer avec le projet de point d'accès centralisé européen prévu pour fin 2024 (ESAP). **Le groupe de travail considère que cette proposition répond aux impératifs d'accessibilité et de comparabilité de l'information non financière** que la CSRD souhaite renforcer. L'alignement des technologies utilisées pour les publications financières et non financières est un facteur bienvenu de simplification et de mutualisation, à terme, des outils et des coûts.

Néanmoins, l'attention des parties prenantes, notamment des agences de notation, doit être attirée sur le fait que l'information extra-financière nécessitera toujours, au-delà d'un traitement digital, une contextualisation indispensable à sa bonne interprétation : en effet, dans de nombreux cas, des données strictement quantitatives pourraient donner lieu à des interprétations partiellement ou totalement erronées. La crise sanitaire et ses impacts sur la performance extra-financière des sociétés (sur les indicateurs relatifs à l'absentéisme, aux variations des consommations d'eau ou d'émissions de gaz à effet de serre, etc.) en sont une illustration.

Par ailleurs, le groupe de travail attire l'attention sur la nécessité de **laisser un temps raisonnable aux sociétés pour mettre en place le tagging de leurs données non financières au regard du calendrier d'établissement des standards sectoriels**. Il est indispensable de prévoir une prise d'effet décalée de la publication sous format digital par rapport à l'entrée en vigueur de la directive CSR afin de laisser aux sociétés le temps de définir de nouvelles méthodologies de calcul et de remontées des indicateurs. En effet, dans le cadre de la définition de nouveaux indicateurs extra-financiers, que pourraient nécessiter les nouveaux standards, plusieurs mois seront nécessaires pour établir la méthodologie et une année d'audit à blanc sera indispensable pour fiabiliser la donnée et la piste d'audit avant sa publication au titre de l'exercice suivant¹³. Il conviendrait donc de prévoir un report de l'obligation d'une durée d'au moins deux ans. (La proposition devrait être

¹³ On peut rappeler que, dans le cadre de la mise en place de l'ESEF, la mise en conformité a généralement débuté par une montée en compétences des équipes financières permettant l'élaboration d'une première classification dans un délai d'environ d'un an, avant une mise en place opérationnelle et un premier exercice à blanc en dix-huit mois.



modifiée pour prévoir un report d'un an pour son entrée en application : la future directive serait ainsi applicable pour la première fois à compter du 1^{er} janvier 2025 pour l'exercice 2024, avec un échelonnement possible selon les types d'entreprises. L'application de la directive se fera en trois étapes. Dans un premier temps à partir du 1^{er} janvier 2024, elle s'appliquera à toutes les entreprises déjà soumises à la directive sur les rapports non financiers. Puis, dans un second temps, à partir du 1^{er} janvier 2025 aux grandes entreprises qui ne sont pas actuellement soumises à la directive sur les rapports non financier. Enfin, à partir du 1^{er} janvier 2026, elle s'appliquera aux PME cotées, les petits établissements de crédit non complexes et les entreprises d'assurances captives.)

III. Situation des groupes de sociétés et exemption des filiales

La Proposition initiale de CSRD maintenait l'exemption permettant aux filiales de ne pas publier de rapport de durabilité lorsque la société mère est elle-même soumise à cette obligation. Cette exemption a été discutée par Pascal Durand, rapporteur, qui considère qu'une telle exemption pourrait « *entraîner l'omission de certaines informations particulièrement pertinentes pour les investisseurs et les parties prenantes* » et que les coûts et ressources pourraient être mutualisés au sein des groupes afin de permettre aux filiales de remplir leurs obligations d'information non-financière.

Le groupe de travail considère, au contraire, que le niveau pertinent d'appréciation de la performance extra-financière est le niveau du groupe. Le régime d'exemption des filiales assure la pertinence des informations non financières au regard des attentes des investisseurs et des parties prenantes, il met en lumière les approches RSE adoptées par les groupes et l'implication de leurs instances dirigeantes, et il permet la publication des informations les plus judicieuses :

- de façon générale, il doit être tout d'abord souligné que **toute information locale pouvant avoir un impact important entre d'ores et déjà dans le champ d'application des obligations de publication au niveau groupe.** La définition d'obligations nécessaires à l'identification d'une problématique locale spécifique (par exemple la déclaration auprès d'une autorité) relève de l'appréciation des États mais une telle problématique serait de toute façon mentionnée dans le rapport de durabilité groupe si elle venait à être significative ;

- les investisseurs et parties prenantes recherchent une information significative et pertinente permettant « *la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité* », comme le prévoit déjà la Directive Comptable. **La performance non financière des grandes entreprises relevant du champ d'application de la CSRD est réalisée au niveau du groupe.** De la même façon, les investissements se font principalement au niveau de la société tête de groupe. L'approche entité par entité serait imparfaite, certains enjeux ne se révélant parfois qu'au niveau d'un seul site (en matière, par exemple, de



pollution) ou, au contraire, ne pouvant se limiter à une structure juridique ni à un pays donné (le climat, par exemple) ;

- les **politiques extra-financières sont définies au niveau des groupes**, avec un déploiement au sein des filiales adapté aux enjeux locaux. Les principaux risques extra-financiers sont déterminés par une analyse de risques conduite au niveau de la société mère prenant en compte l'exposition des entités qui composent le groupe. De la même façon, l'analyse de l'alignement des acteurs économiques avec les objectifs environnementaux définis au niveau européen, plus particulièrement à travers les Règlement Taxonomie, doit être réalisée au niveau des groupes de sociétés afin d'être pertinente. Il est important de noter que le Règlement Taxonomie renvoie au champ d'application de l'actuelle déclaration de performance extra-financière¹⁴ ;

- la publication de certaines informations détaillées, filiale par filiale, conduirait inéluctablement à un niveau de précision difficilement compatible avec la **protection du secret des affaires** reconnue par la Directive de 2014, l'atteinte à la position commerciale des entreprises étant reconnue dans une certaine mesure comme permettant l'omission d'informations ;

- le *reporting* de durabilité effectué filiale par filiale **rendrait plus difficile la tenue de tableaux de bord exhaustifs** au niveau de la maison-mère et, partant, le *reporting* auprès des organes de gouvernance (direction générale, commissaires aux comptes, comité d'audit, conseil d'administration, etc) ;

- **les filiales d'un groupe ne disposent généralement pas d'experts réglementaires et en communication extra-financière**, alors que des **compétences spécifiques** sont indispensables à la production d'un rapport de durabilité. Les difficultés d'une publication par des filiales d'informations extra-financières spécifiques est, du reste, déjà avérée du fait de l'application de réglementations locales¹⁵.

Le groupe de travail estime que, pour toutes ces raisons pratiques et pour l'efficacité du dispositif, le régime d'exemption des filiales a été heureusement maintenu.

¹⁴ Renvoi par l'article 8 du Règlement 2020/852 dit « Taxonomie » aux articles 19 bis et 29 bis de la Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la Directive 2014/95 dite « NFRD » : « Toute entreprise soumise à l'obligation de publier des informations non financières conformément à l'article 19 bis ou à l'article 29 bis de la directive 2013/34/UE inclut dans sa déclaration non financière ou sa déclaration non financière consolidée 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 au titre des articles 3 et 9 du présent règlement. »

¹⁵ À titre d'illustration, les sociétés espagnoles doivent publier des informations extra-financières allant au-delà des informations définies par la Directive de 2014 et différentes des indicateurs imposés aux sociétés françaises. Les filiales espagnoles de sociétés françaises relevant du champ de la DPEF doivent en conséquence publier des informations supplémentaires qui sont annexées aux comptes et au rapport annuel, et doivent être mises à la disposition du public sur le site internet de la société espagnole (régime prévu par l'article 49 du Code de commerce espagnol).



IV. Sanctions

4.1 - CSRD

La directive CSR restreint la liberté accordée précédemment aux États membres quant au choix des sanctions en cas de non-respect des obligations d'information en matière de durabilité. Elle prévoit désormais des sanctions minimales (déclaration publique précisant l'identité de la personne responsable de l'infraction ; injonction lui ordonnant de mettre un terme au comportement fautif ; sanctions pécuniaires administratives).

Selon le texte finalement adopté, une autorité spécifique devrait donc être désignée pour prononcer ces sanctions.

La désignation de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) paraît assez naturelle s'agissant des sociétés cotées. L'AMF a pour finalité la protection de l'épargne, la qualité de l'information fournie aux investisseurs et le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle dispose pour cela de pouvoirs de réglementation, d'enquête et de sanction étendus. L'AMF est déjà fortement engagée sur les questions de *reporting* extra-financier et de durabilité, comme le montrent ses priorités pour 2022¹⁶.

La question est plus complexe pour les sociétés non cotées, les plus nombreuses. Si étendre les pouvoirs de l'AMF au non coté pourrait théoriquement garantir une homogénéité d'interprétation et d'application des textes, cela nécessiterait de revoir radicalement sa philosophie, son statut, sa composition et ses ressources, ce qui est difficilement concevable. Créer une nouvelle autorité administrative n'apparaît guère plus souhaitable. Les entreprises font déjà face à une pléthore d'acteurs en matière de réglementation et de conformité (AFA, HATVP, ADLC, CNIL, SISSE, fisc, URSSAF, DGCCRF, douanes, inspection du travail, parquets, PNF...) et l'État ne peut probablement pas se permettre d'en créer et doter un nouveau, ce qui créerait du reste des problématiques de coordination.

Aussi, le groupe de travail propose, s'agissant des sociétés non cotées, tout d'abord d'**étendre le rôle des OTI**, la certification accordée par l'OTI valant présomption d'existence et de qualité du *reporting*. S'agissant du prononcé d'éventuelles sanctions :

¹⁶ Au titre de la priorité finance durable : « Accompagner les émetteurs dans la mise en œuvre de la taxinomie européenne et contribuer à la mise en place des standards de reporting de durabilité des entreprises ; s'assurer du caractère effectif et crédible de la transition des marchés financiers et soutenir les efforts de la Place pour financer la transition vers une économie neutre en carbone ; favoriser le développement de labels et de standards adaptés ». Priorités d'action AMF 2022_1.pdf (amf-france.org).



- idéalement : **attribuer compétence aux tribunaux de commerce**, en proposant un amendement à l'article 51 de la Proposition de CSRD visant à supprimer le terme « *administratives* », ou

- **à défaut : confier cette mission à la DGCCRF**, qui agit en faveur du respect des règles de la concurrence, de la protection économique des consommateurs, et de la sécurité et de la conformité des produits et des services.

La sollicitation de sanctions à l'encontre de sociétés non cotées devrait en tout état de cause être réservée aux seules « *personnes intéressées* » (à l'instar de l'article L. 238-1 du Code de commerce), *a fortiori* lorsque les sociétés non cotées ne s'adressent pas aux consommateurs (activités « *B-to-B* »).

4.2 - Devoir de vigilance et Sapin II

Le groupe de travail n'est pas favorable à la mise en place d'une nouvelle autorité administrative pour veiller à la mise en œuvre des obligations qui pourraient être issues de la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, tant pour des questions d'efficacité et de coût (y compris pour l'État) que de protection juridique des acteurs économiques (éviter un risque de double sanction judiciaire et administrative). À l'instar des développements supra concernant CSRD, la supervision pourrait utilement être confiée à des OTI.

Compte tenu du principe d'une autorité administrative de contrôle des nouvelles obligations finalement maintenu par la directive, le groupe de travail estime qu'il conviendrait alors d'envisager une approche harmonisée du dispositif de contrôle et de sanction relatif au devoir de vigilance avec celui existant concernant la prévention de la corruption.

Les obligations relatives, d'une part à la prévention de la corruption, d'autre part au devoir de vigilance sont en effet assez similaires. De surcroît, leur mise en œuvre fait appel à des procédés, méthodologies et outils analogues, avec notamment l'élaboration de politiques, de procédures et d'un code de conduite, la réalisation d'une cartographie des risques, l'évaluation des tiers, la mise en place de formations, le déploiement d'une ligne d'alerte ou encore l'évaluation du dispositif. Dans ces conditions, il est essentiel de veiller à ce que la mise en œuvre de ces outils destinés à prévenir un risque extra-financier fasse l'objet d'une approche cohérente, voire identique de la part des administrations de contrôle concernées.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Rapport pratique



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés

PRÉSIDENT

- **Jean Baptiste Carpentier**, Directeur de la conformité, Veolia

MEMBRES

- **Christophe Arnaud**, Directeur des services juridiques
- **Charlotte Ast**, Direction générale du Trésor, Adjointe du chef du bureau du droit des sociétés et de la gouvernance
- **Frédérique Baillion**, Chargée de mission juridique et conformité, Fédération Bancaire Française
- **Peggy Mouriot Barbe**, Directrice droit des sociétés et droit boursier, Total
- **Constance Brossolet Renard**, Juriste référent, Coordinateur en réglementation bancaire et prudentielle
- **Olivier Boulon**, Adjoint du directeur des affaires juridiques
- **Valérie Bonnet**, Directrice gouvernement d'entreprise et conformité
- **Stéphanie Cabossioras**, Directrice juridique, Binance France
- **Blandine Cantrel**, Chef juridique de la sécurité financière, BNP Paribas
- **Olivier Catherine**, Secrétaire général, Sonepar
- **Caroline Chabtini**, Juriste droit des affaires en charge de la RSE, Société Générale
- **Patricia Choquet AMF**, Conseiller expert contentieux régulation, AMF
- **Pozzo Deschanel Félix**, Avocat au sein des département de droit financier et de droit européen de la Banque de France
- **France Drumond**, Professeur de Droit à l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Bruno Dupeyrat**, Cadre, BNP Paribas
- **Stéphane Fékir**, Responsable réglementation, doctrine et contentieux général, AMF
- **Jean Baptiste Galvin**, Adjoint du chef du bureau du droit des sociétés et de l'audit
- **Elizabeth Gambert**, Coprésident du groupe de travail sur les rapports ministériels de Europeanlssuers
- **Henry de Ganay**, Directeur des affaires juridiques au secrétariat général, ACPR



- **Delphine Gieux**, Directrice juridique, Groupe Ermenegildo Zegna
- **Julien Icard**, Professeur de Droit à l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Mourad Jinane**, Directeur des affaires juridiques, ACPR
- **Didier Martin**, Avocat associé, Bredin Prat
- **Nicolas Naudin**, Membre du comité directeur de la CDI et des facteurs ESG, Président du groupe de travail sur les rapports non financiers
- **Marie-Aude Noury**, Avocate associée, Noury
- **Jérôme Pedrizzetti**, Responsable juridique et conformité, Fédération bancaire française
- **Pierre Rohfritsch**, Chef du bureau du droit des sociétés et de l'audit de la Direction des affaires civiles du Sceau du ministère de la Justice
- **Cyril Rolling**, Directeur de projet document d'enregistrement universel, L'Oréal
- **Margaux Sauvaget**, Chef adjoint de l'unité de la finance durable de la Direction générale du Trésor
- **Tiffaine Saupin**, Professeur de Droit à l'Université CY Cergy Paris Université
- **Mireille Sbrugnera**, Directrice éthique et vigilance, Vinci
- **Muriel de Szilbereky**, Déléguée générale à l'Association Nationale des Sociétés par Actions
- **François Turcot**, Responsable du département de lutte contre la corruption, l'éthique et la conduite, Société Générale

HCJP

- **Gérard Gardella**, Secrétaire général, HCJP
- **Jules Lechêne**, Doctorant, HCJP
- **Louise Baroin**, Avocate, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP



2

ANNEXE

Note de cadrage de la Chancellerie



NOTE DE CADRAGE DE LA CHANCELLERIE

HCJP JANVIER 2021

THÈME D'ÉTUDE CHANCELLERIE

Proposition d'un état des lieux juridique et pratique des différents dispositifs de signalements, de prévention et de transparence relatifs aux risques extra-financiers des grandes sociétés

La transposition de la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (dite directive sur les lanceurs d'alerte), qui doit être réalisée avant le 17 décembre 2021, s'inscrit à la suite de nombreuses et récentes réglementations demandant aux grandes sociétés de mettre en place différents dispositifs internes de signalements, de prévention ou de transparence relatifs à leurs risques extra-financiers. À ce titre, peuvent être notamment cités (i) la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, (ii) la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin II), (iii) les nombreux textes successifs relatifs à la transparence extra-financière des entreprises, (iv) les nouvelles dispositions de la loi PACTE 2019/486 du 22 mai 2019 relatives à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, (v) la réforme européenne de l'audit, intervenue par l'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016, en ce qui concerne les prérogatives du comité d'audit en matière de contrôle interne et de gestion des risques.

Ces différents dispositifs ont été pensés séparément. Ils ont été élaborés parfois au niveau européen, parfois au niveau national et proviennent souvent du droit souple avec lequel ils coexistent et se complètent. Ils connaissent par conséquent des seuils, des définitions, des obligations et des sanctions différentes. Pourtant, leurs objectifs économiques sont souvent proches et certaines obligations peuvent se recouper en pratique. Par exemple, alors que l'article 8 de la loi Sapin II demande aux sociétés concernées de mettre en place un canal interne de recueil des alertes pour toute violation grave et manifeste d'une norme, y compris environnementale, la loi sur le devoir de vigilance demande notamment aux sociétés de mettre en place et de faire état publiquement d'un « *mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques* » en matière environnementale. En outre, l'article R. 225-105 du Code de commerce demande aux sociétés de décrire dans leur déclaration de performance extra-financière leur « *organisation (...) pour prendre en compte les questions environnementales* » et « *les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux* ».

Dans les plus grandes sociétés et institutions françaises, auxquelles sont applicables l'ensemble de ces dispositifs, ce manque d'articulation pourrait être préjudiciable : pour les sociétés concernées,



il pourrait entraîner des coûts administratifs importants et une perte d'efficacité économique ; pour les personnes bénéficiaires de ces dispositifs, il pourrait entraîner un manque de lisibilité et des difficultés à les utiliser. La Direction des affaires civiles et du Sceau s'interroge ainsi d'abord sur la réalité et, le cas échéant, sur l'ampleur des difficultés rencontrées en pratique dans la mise en œuvre et l'utilisation de ces différents dispositifs.

Si le constat de ces difficultés était partagé, l'objectif d'une rationalisation de tout ou partie de ces différents dispositifs pourrait être poursuivi. Cet objectif apparaît toutefois constituer un travail d'une envergure très importante, et nécessiterait de mobiliser de nombreux moyens d'actions normatifs, sectoriels et transversaux, tant au niveau national qu'au niveau européen. Cet objectif ne pourrait cependant pas être poursuivi sans s'appuyer sur un état des lieux juridique et pratique détaillé. Celui-ci pourrait recenser les différents dispositifs concernés et établir une comparaison entre leurs différents seuils, définitions, obligations et sanctions, ce qui permettrait de faire apparaître de manière détaillée les obligations qui se recoupent et les éventuelles incohérences. Il constituerait ainsi l'assise juridique et pratique indispensable pour poursuivre l'objectif d'une rationalisation de ces dispositifs.