

ElfeTerria



Article par Violaine du Pontavice, avocat,
spécialiste en droit de l'environnement

Pendant des années, fort a été de constater que la RSE, n'était pas contraignante. De nombreux articles d'éminents professionnels du droit ont souvent décrit la RSE, comme une réglementation de droit mou. En effet, d'une obligation de faire, aucune sanction pécuniaire et/ou pénale n'est prévue en cas de non-respect de celle-ci. Le législateur a dû penser que se suffisait à elle-même, l'atteinte à l'image, sanction suprême pour les entreprises. Mais comme on pourra le constater le législateur a décidé d'innover en sanctionnant le dirigeant ou l'entreprise devant les juridictions pénales en cas d'absence de certification du rapport de durabilité.

Après un rappel de ce qu'est la RSE (i), nous verrons les différentes réglementations « RSE » applicables aux entreprises (ii) et les nouveaux contrôles et sanctions à venir (iii).

I : QU'EST-CE QUE LA RSE ?

La responsabilité sociétale des entreprises a été définie en 2011 par la Commission Européenne comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* ». Elle représente ainsi la contribution des entreprises au

développement durable par la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales dans leurs activités. L'enjeu pour les entreprises est d'avoir, en résumé, un impact positif sur la société tout en développant leur activité.

La Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) englobe un large éventail d'enjeux qui touchent à la manière dont une entreprise interagit avec ses parties prenantes, y compris ses employés, ses clients, la société dans son ensemble, ainsi que l'environnement.

II : LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES

S'il est vrai que la RSE était avant tout une démarche basée sur le volontariat, elle a peu à peu été dotée d'un cadre réglementaire et législatif. Et celui-ci s'est élargi au fil des années. En effet, la RSE ne se limite pas à la CSRD.

La DPEF : la déclaration de performance économique et financière : 2017

La Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 a été transposée en France par l'ordonnance du 19 juillet 2017 et décret d'application du 9 août 2017.

Codifiée dans le code de commerce et notamment en son article L 225-102-1, il est prévu l'obligation pour certaines entreprises de publier annuellement une déclaration de performance extra-financière (DPEF). Les SAS étaient exclues de l'obligation de réaliser la DPEF. Aucune sanction en cas de non-déclaration ou de fausses déclarations.

La loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance :

La principale obligation mise à la charge des entreprises concernées par la loi réside dans son article 1er, qui est codifié à l'article L.225-102-4 du code de commerce. Conformément à cet article, toute société concernée par la loi doit établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance.



Le plan de vigilance doit contenir 5 mesures, listées dans le corps même de l'article L.225-102-4 du code de commerce :

Une cartographie des risques ;

Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre entretient une relation commerciale établie ;

Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Le plan de vigilance a pour objectif d'identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement qui découlent de l'activité de l'entreprise et de celle de leurs filiales, sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective doivent être rendus publics et inclus dans le rapport de gestion de la société. Les sanctions financières prévues dans la loi ont été censurées par le conseil constitutionnel. A ce jour, seul en cas de dommage, une victime peut mettre en cause la société mais elle devra démontrer le lien de causalité entre la faute commise par l'entreprise (tel que le défaut de plan de vigilance ou l'inefficacité des mesures) et le dommage.

La directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CSDD): Conseil de l'UE du 24 mai 2024.

Les règles concernent les entreprises de l'UE et de pays tiers ainsi que les sociétés-mères réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 450 millions d'euros et employant plus de 1 000 personnes.

Les entreprises doivent élaborer un plan de transition conforme à l'Accord de Paris.

Elles seront responsables des dommages et pourront être condamnées à des amendes en cas de non-respect des règles. Les Etats devront créer ou désigner une autorité de surveillance chargée d'enquêter et d'imposer des sanctions aux entreprises qui ne respectent pas leurs obligations. Il s'agira notamment de dénoncer ces entreprises et de leur infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 5 % de leur chiffre d'affaire net mondial

Une application progressive de la directive :

Dès 2027, pour les entreprises de plus de 5 000 salariés réalisant un CA mondial net de 1,5 milliards d'euros ;

Dès 2028, pour celles de plus de 3 000 salariés, réalisant un CA net mondial de plus de 900 millions d'euros ;

Et enfin en 2029, pour les autres entreprises concernées par le texte.

La loi pacte de 2019 :

Depuis l'adoption de la loi Pacte en 2019 et l'introduction de l'article 1833 dans le code civil, la société doit être gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux environnementaux et sociaux de son activité.

Il appartient désormais à tout dirigeant et tout organe d'administration d'une entreprise de s'interroger systématiquement, avant toute prise de décision, sur la pertinence, la cohérence et l'efficacité des décisions qu'il s'apprête à prendre,



sous le prisme des enjeux sociaux et environnementaux. **L'analyse préventive de l'impact de toute décision s'impose.**

Cet article est considéré par certains professionnels du droit comme une RSE opposable à toutes les entreprises quelques soient leurs tailles et leurs formes juridiques. Pour certains magistrats, c'est le pendant du devoir de vigilance applicable à tous. Une obligation de faire mais pas de sanction prévue. Le risque est d'être mis en cause en cas de dommage. La victime devra démontrer le lien de causalité entre la faute commise par l'entreprise et le dommage subi. La notion de faute pourrait reposer sur l'absence de prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux dans la mise en place de nouveaux projets.

La CSRD : Directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 applicable à compter du 1er janvier 2024.

Les dispositions de la directive CSRD ont été transposées en droit français par l'ordonnance du 6 décembre 2023 et le décret n° 2023-1394 du 30 décembre 2023.

La directive européenne Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) fixe de nouvelles normes et obligations de reporting extra-financier.

Un plus grand nombre d'informations seront à fournir sur les trois piliers Environnement, Social et Gouvernance. Ces informations devront figurer dans le rapport de durabilité, qui remplacera la Déclaration de Performance Extra-Financière (DPEF). Il sera inséré dans le rapport de gestion et celui-ci devant être établi sous le format électronique unique européen (format ESEF).

L'utilisation de normes de reporting, les ESRS, sera obligatoire afin de créer un langage commun et permettre les comparaisons entre les informations de durabilité publiées par les entreprises.

Ce reporting de durabilité devra faire l'objet d'une vérification donnant lieu à un rapport de

certification, réalisé soit par un commissaire aux comptes, soit par un prestataire de services d'assurance indépendant.

Les seuils définissant la taille des entreprises ont été modifiés au 1^{er} mars 2024.

En France, plus de 7 000 entreprises vont être concernées par cette nouvelle réglementation et notamment les SAS qui n'étaient pas concernées par la DPEF.

Le reporting extra-financier porte sur les données ESG (Environnementaux, Sociaux et Gouvernance) de l'entreprise. Il s'agit :

des facteurs environnementaux : atténuation et adaptation au changement climatique, biodiversité, utilisation des ressources... ;

des facteurs sociaux : égalité des chances, conditions de travail et respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales... ;

des facteurs de gouvernance : rôle des organes d'administration, activités de lobbying, gestion des relations avec les partenaires commerciaux...

Le principe de « double matérialité » est la pierre angulaire de la CSRD. Elle implique pour les entreprises de publier des informations nécessaires pour comprendre d'une part les effets des enjeux de durabilité sur leur situation et performance financières (matérialité financière), et d'autre part leurs impacts sur l'environnement et la société (matérialité d'impact). L'analyse de double matérialité menée par les sociétés doit permettre d'identifier les thématiques de durabilité reflétant les principaux risques, opportunités et impacts ESG de l'entreprise liés à ses activités et à sa chaîne de valeur. Cette analyse doit permettre également de relever les informations matérielles pour rendre compte de ces enjeux (indicateurs, informations contextuelles, etc.) en application des normes ESRS.

La directive CSRD prévoit la création de normes européennes de reporting de durabilité détaillée, dites normes ESRS (European Sustainability



Reporting Standards) permettant d'encadrer et d'harmoniser les publications des entreprises.

Plusieurs types de normes seront progressivement adoptées par la Commission européenne, par voie d'actes délégués :

Des normes ESRS tout-secteur (universelles) ;

Des normes ESRS spécifiques pour les PME cotées sur les marchés réglementés ;

Des normes ESRS sectorielles ;

Et enfin, des normes ESRS spécifiques à certaines sociétés non-européennes (concernées par l'article 40 bis de la directive CSRD).

III : CONTROLE ET SANCTIONS

Depuis 2017, on constate un foisonnement de réglementation RSE applicable aux entreprises sous le prisme de la soft law. L'Europe amorce un changement et sollicite les pays à mettre en place des organismes de contrôle et sanctions pécuniaires (directive devoir de vigilance) et avec la CSRD, elle laisse les Etats prévoir des sanctions.

Avec la CSRD, la France prend un virage à 360 degrés, dès lors que le risque pénal est désormais gravé dans le code de commerce. Ce qui paraît surprenant dans ce changement de prisme, c'est la cause du risque pénal. On pourrait penser que celui-ci pèse sur l'entreprise en cas d'absence de rapport de durabilité. La réalité est autre, même si la finalité est la même. C'est le défaut de faire certifier par un commissaire aux comptes ou par un OTI qui est sanctionné.

Les informations communiquées par l'entreprise doivent être certifiées par un commissaire aux comptes ou par un organisme tiers indépendant accrédité.

De plus, on retrouve comme avec la loi Sapin 2, la responsabilité du dirigeant en premier et pour la responsabilité de l'entreprise, le choix a porté sur le **OU de l'entité** au lieu du ET.

A : Sur la Certification du rapport de durabilité

Le rapport de durabilité doit être certifié alors que le contenu de la DPEF ne faisait pas l'objet d'une vérification obligatoire. Les entreprises devront désormais soumettre leurs rapports de durabilité à un processus de vérification externe systématique. L'objectif est clair : assurer une meilleure fiabilité des informations divulguées.

C'est un vrai tournant car cette mesure vise, dans la pratique, à mettre l'information extra-financière au même niveau que l'information financière.

La mission de certification du rapport de durabilité a vocation à donner le même degré de **confiance** que celui de la certification des comptes.

Les informations de durabilité devront être certifiées :

soit par un **commissaire aux comptes** (qui peut être celui chargé de certifier les comptes de la société) ;

soit par un organisme tiers indépendant (**OTI**) accrédité.

Le régime d'exercice de la profession de commissaires aux comptes est en conséquence modifié afin de permettre à ces derniers de prendre en charge cette nouvelle mission.

Les organismes tiers indépendants (OTI) seront soumis aux mêmes exigences d'exercice et aux mêmes modalités de contrôle que les commissaires aux comptes.

L'ensemble des professionnels participant aux missions de certification du rapport de durabilité mission seront supervisés par la Haute Autorité de l'Audit (**H2A**) qui remplace le Haut Conseil du Commissariat aux Comptes (**H3C**).

1: En cas d'absence de production, de communication ou de transmission des informations en matière de durabilité :

Toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé soit



d'enjoindre sous astreinte à la personne ou à l'organe compétent pour la production, la communication ou la transmission des documents ou informations, de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

Article L 238-1 du code de commerce. Applicable depuis le 01 janvier 2024

2 : Dans le cadre d'un marché public,

L'acheteur peut, à sa discrétion, décider d'exclure de la procédure de passation, l'entreprise n'ayant pas satisfait l'obligation de publication des informations en matière de durabilité pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

Article L 3123-7-1 .Version du 01 janvier 2026

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession :

2° Les personnes soumises aux articles L. 22-10-36, L. 232-6-3, L. 232-6-4, L. 233-28-4 et L. 233-28-5 du code de commerce qui ne satisfont pas à leur obligation de publication des informations en matière de durabilité prévues aux articles L. 232-6-3 et L. 233-28-4 du même code pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis de concession ou d'engagement de la consultation.

Conformément à l'article 32 de l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 : en vigueur depuis le 1er janvier 2024.

3 : sur le risque pénal

L'article L821-6 du code de commerce :

Nonobstant toute disposition contraire :

1° **Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros** le fait, pour tout **dirigeant** d'une personne morale **ou entité** tenue d'avoir un commissaire aux comptes, de ne pas en provoquer la désignation. Est puni des mêmes peines le fait pour tout dirigeant d'une personne

morale ou entité ayant un commissaire aux comptes de ne pas le convoquer à toute assemblée générale ;

2° Est puni des mêmes peines le fait, **pour tout dirigeant** d'une personne morale **ou entité tenue de faire certifier ses informations en matière de durabilité**, de ne pas provoquer la désignation d'un commissaire aux comptes inscrit sur la liste mentionnée au II de l'article L. 821-13 ou d'un organisme tiers indépendant inscrit sur la liste mentionnée à l'article L. 822-3. Est puni des mêmes peines le fait pour tout dirigeant d'une personne morale ou entité ayant un commissaire aux comptes inscrit sur la liste mentionnée au II de l'article L. 821-13 de ne pas le convoquer à toute assemblée générale ;

3° **Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros** le fait, pour tout **dirigeant** d'une personne morale **ou entité** ou toute personne ou entité au service d'une personne ou entité ayant un commissaire aux comptes, de faire obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou des experts nommés en exécution des articles L. 223-37 et L. 225-231, ou de leur refuser la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et, notamment, de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux.

Conformément à l'article 32 de l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2024.

B : Sur le devoir de vigilance :

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession :

1° Les personnes soumises à l'article L. 225-102-1 du code de commerce qui ne satisfont pas à leur obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis de concession ou d'engagement de la consultation.



C : Sur la directive sur le devoir de vigilance :

Selon la directive, les entreprises seront responsables des dommages et pourront être condamnées à des amendes en cas de non-respect des règles. Les Etats devront créer ou désigner une autorité de surveillance chargée d'enquêter et d'imposer des sanctions aux entreprises qui ne respectent pas leurs obligations. Il s'agira notamment de dénoncer ces entreprises et de leurs infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 5 % de leur chiffre d'affaires net mondial

Cette directive entame elle aussi un durcissement en cas de non-application par les entreprises de leurs obligations. Il faudra attendre de voir comment le législateur français entend la transposer. Quelle autorité sera compétente pour contrôler et sanctionner les entreprises ? Après l'AFA, l'AMF ou l'Autorité de la Concurrence, une nouvelle autorité en charge de l'application du devoir de vigilance sera certainement mise en place.

i

https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en

La RSE dans sa globalité devient un véritable enjeu pour les entreprises : économiques, sociaux, environnementaux et de gouvernance.

Le rapport Draghi remis à la Commission Européenne le 9 septembre 2024 recommande de « simplifier » le cadre réglementaire européen, et cible notamment la CSRD et d'autres réglementations européennes sur la durabilité.ⁱ

Et si les nouveaux enjeux de la RSE étaient considérés non pas comme une contrainte mais comme un levier de croissance pour les entreprises ?

Changer de paradigme sur l'approche de la RSE pour donner du sens à l'entreprise dans sa globalité.

