

# Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif

Au 6 décembre 2016, les États membres devront avoir mis en vigueur les dispositions de la directive « Barnier » portant sur la publication d'informations non financières et relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et groupes<sup>(1)</sup>. Cette actualité est l'occasion de porter un regard sur le *reporting* extra-financier, outil majeur du pilotage de la responsabilité sociale des entreprises. Cette transparence bénéficie d'un environnement normatif très riche, d'où émergent des notions à fort impact pour la « gouvernance d'entreprise durable »<sup>(2)</sup>.

## I. – Richesse de l'environnement normatif du reporting

**De la Soft law...** La RSE est en voie de normalisation grâce à des référentiels convergant tant au regard des thématiques centrales (social, environnement, sociétal, droits de l'homme) que de l'importance du support d'informations qu'est le *reporting*. Citons la *Global Reporting Initiative* qui depuis 1997<sup>(3)</sup> fournit ici des lignes directrices, d'ailleurs utilisables avec celles de la fameuse norme RSE « ISO 26000 » de 2010 pour laquelle l'intégration des objectifs de développement durable par l'entreprise repose sur un principe de communication

(pt. 7-5) et la crédibilité des rapports (pt. 7.6.2). Convergence également observable dans les travaux des institutions internationales : chapitre dédié à la communication dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales révisés en 2011<sup>(4)</sup> ; guide de *reporting* pour l'application des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme<sup>(5)</sup> ; affirmation « *Transparency build Trust* »<sup>(6)</sup> pour la « *Communication on Progress* » du *Global Compact* auquel les entreprises souhaitent adhérer.

**à la hard law.** Le *reporting* est au cœur du tournant opéré dans la politique communautaire en matière de RSE. Dans une optique de croissance économique attentive aux intérêts de toute la société, avec le souci d'harmonisation, la directive précitée pose en effet un premier cadre juridique de la RSE en s'appuyant sur l'information extra-financière, qu'elle adosse aux outils de gouvernance des sociétés : l'information sur la diversité<sup>(7)</sup> devra faire partie de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise, les informations RSE devront figurer dans le rapport de gestion. Ouverte aux instruments souples, l'Union maintient une passerelle entre les ordres normatifs : pour ces informations, les entités d'intérêt public (sociétés cotées, banques et assurances) pourront utiliser le système de management environnemental EMAS, les référentiels internationaux RSE précités, ainsi que les cadres nationaux. À cet égard,



Par Marie-Pierre  
BLIN-  
FRANCHOMME

Maitre de  
conférences HDR,  
Centre de droit des  
affaires, EJERIDD,  
Université de  
Toulouse



Et  
Yann QUEINNEC  
Directeur Général  
d'Affectio Mutandi

(1) Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, préc.. Voir not. F.-G. Trébulle, JCP E 2015, 1070 ; C. Malecki, Publication de la directive RSE, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 732 ; N. Cuzacq, La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière, Rev. sociétés 2015, p. 707.

(2) C. Malecki, Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable, LGDJ, 2014.

(3) <<https://www.globalreporting.org/resourcelibrary/French-G4-Part-Two.pdf>>.

(4) À consulter sur : <<http://mneguidelines.oecd.org/text/>>, p. 34 et s.

(5) Voir le site dédié : UN Guiding Principles Reporting Framework : <<http://www.ungpreporting.org/>>.

(6) Voir <<https://www.unglobalcompact.org/participation/report>>.

(7) Voir dans cette chronique *supra* : G. Jazottes.

le droit français est précurseur : presque 10 ans après la loi de 2001 qui, au titre nouvelles « régulations économiques »<sup>(8)</sup> a imposé un *reporting* ESG dans le rapport de gestion des sociétés cotées, les lois Grenelle ont consacré l'idée force que la qualité et l'accès à ces informations « *constituent des conditions essentielles de la bonne gouvernance des entreprises* »<sup>(9)</sup>. Le dispositif a été étendu (sociétés non cotées sous réserve de seuils<sup>(10)</sup>, autres formes juridiques que les sociétés commerciales, information consolidée, périmètre du groupe, etc.), comporte un système du « *comply or explain* » bien connu du gouvernement d'entreprise, et innove en imposant la vérification du *reporting* par un organisme tiers indépendant<sup>(11)</sup>, dans une véritable logique de reddition de comptes<sup>(12)</sup>. Le champ matériel de l'information n'a cessé de s'étendre : la prise en compte des « *conséquences sociales et environnementales de son activité* » inclut désormais « *les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit* »<sup>(13)</sup> ; de même la transparence sur « *ses engagements sociétaux en faveur du développement durable* », comprenant la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités, est élargie à « *l'économie circulaire* » soit un nouveau modèle économique visant « *à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable* »<sup>(14)</sup> et, depuis 2016, à la lutte contre le gaspillage alimentaire<sup>(15)</sup>... Si toutes ces avancées françaises ne devraient pas être modifiées par le texte communautaire (laissant latitude aux États membres), la transposition sera l'occasion de réécrire l'article R. 225-105-2 du code de commerce et sa liste complexe d'indicateurs et, selon le vœu de la Plateforme RSE<sup>(16)</sup>, de le structurer grâce à l'ajout des dispositions communautaires requérant une brève description du modèle commercial de la société, une description des politiques menées en matière de RSE et des procédures de diligence afférentes, leurs résultats, et les principaux risques en rapport avec ces politiques. Le principe « *comply or explain* » serait maintenu, l'entreprise

devant expliquer de manière claire et motivée pourquoi elle n'applique pas de politique RSE.

**Point de divergence : rôle des parties prenantes dans la gouvernance ?** Si prendre en compte l'intérêt de ses parties prenantes est au cœur de la politique RSE de l'entreprise, la question de leur association au *reporting* est un pas supplémentaire que seules les normes souples acceptent de franchir. C'est pourtant une étape essentielle pour dépasser l'exercice formel de communication, gagner en efficacité et crédibilité<sup>(17)</sup>. Or en droit, « le flou » règne encore, notamment quant à l'implication des institutions représentatives du personnel<sup>(18)</sup>. Rappelons que l'article L. 225-102-1 du code de commerce issu de la loi Grenelle 2 a contenu un éphémère alinéa prévoyant l'avis, sur les démarches RSE, en complément des indicateurs présentés, des institutions représentatives du personnel et « *des parties prenantes participant à des dialogues avec l'entreprise* ». Considérée comme un potentiel foyer de risques de déstabilisation pour l'entreprise, il a été abrogé dès la loi portant régulation bancaire d'octobre 2010... Depuis lors, la notion de parties prenantes a fait son retour juridique dans la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire, ce mode d'entreprendre (dont les sociétés « capitalistes » peuvent se revendiquer) supposant « *une gouvernance démocratique, définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation (...) des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise* ». La transposition de la directive, bien que silencieuse sur ce point, devrait être l'occasion de débattre du rôle des parties prenantes dans le *reporting*, car leur reconnaissance légale est à terme un enjeu central de la gouvernance des sociétés... Soulignons d'ailleurs l'attention grandissante des parties prenantes sur la qualité des relations contractuelles liant les acteurs de chaînes de valeur présentant des risques ESG<sup>(19)</sup> : la transparence contractuelle sur ceux-ci constitue un des prochains défis de *reporting*<sup>(20)</sup>, nécessitant une articulation fine avec le secret des affaires. Des pistes existent, inspirées des contrats formalisant les produits dérivés, et consistent à créer un sous-jacent ESG affranchi des règles du secret des affaires, permettant de dévoiler les dispositifs de vigilance prévus dans les contrats et leurs performances *via* des indicateurs dédiés<sup>(21)</sup>.

(8) L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques : C. com., art. L. 225-102-1.

(9) L. n° 2009-967, 3 août 2009, art. 53.

(10) C. com., art. R. 225-104.

(11) L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement, art. 225 ; Arr. min. 13 mai 2013, JO 14 juin.

(12) M.-P. Blin-Franchomme, Prendre la RSE au sérieux ? L'obligation légale d'information sociale, environnementale et sur le développement durable en droit des sociétés, Journ. sociétés juill. 2012, p. 44.

(13) L. n° 2015-992, 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

(14) Notion qui fait son entrée dans le Code de l'environnement : art. L. 110-1 grâce à la loi transition énergétique préc.

(15) L. n° 2016-138, 11 févr. 2016, relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire.

(16) Juin 2015 : <<http://www.strategie.gouv.fr/actualites/recommandation-de-plateforme-rse-reporting-extra-financier>>.

(17) ORSE, Comment rendre compte dans les rapports extra-financiers des relations avec les parties prenantes ?, rapport 2014.

(18) Plateforme RSE, <[http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport\\_detape\\_gt-2\\_-\\_le\\_13-11-2014.pdf](http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport_detape_gt-2_-_le_13-11-2014.pdf)>.

(19) Y. Queinnec, L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance, RLDA 2014/99, n° 5398.

(20) Y. Queinnec et A. Constantin, Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, RLDA 2015/104, n° 5586.

(21) Y. Queinnec et A. Launay, De la prévention à la réparation des impacts ESG. Le contrat durable, outils de formalisation du devoir de vigilance, in La RSE saisie par le droit, dir. K. Martin-Bhenut et R. de Quenaudon, Penode, 2016, p. 479.

## II. – Émergence de notions à fort impact pour la gouvernance des sociétés

Parmi les notions à fort impact qui nourrissent la reddition extra financière, trois seront retenues, qui se répondent mutuellement tant le caractère raisonnable doit guider la sélection des priorités de vigilance (matérialité) et le recours au motif du secret des affaires pour ne pas divulguer d'information.

**Raisonnable.** Ce qualificatif est omniprésent dans l'environnement normatif de la RSE : pendant de la notion de diligence utilisée par les outils de *soft-law* précités ; assurance exprimée par les tiers vérificateurs dans le contrôle de l'information extra financière ; qualification du devoir de vigilance objet de la proposition de loi française avec un plan comportant « les mesures de vigilance raisonnable » propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques ESG résultant des activités de la société<sup>(22)</sup>. C'est aussi sur ce concept que repose la dualité des contours de l'obligation de *reporting* : si l'absence ou la non publication d'un plan de vigilance est sanctionnée (injonction de faire et amende civile), la survenance d'un dommage dans une filiale ou un sous-traitant visé par le plan n'engage pas forcément la responsabilité de la société mère, puisque celle-ci n'est tenue que d'une obligation de moyens. Ce qu'il est raisonnable d'attendre d'une entreprise en la matière dépend de ce que certaines de leurs parties prenantes sont aussi raisonnablement en mesure d'assumer. Le critère du « raisonnable » appliqué aux défis ESG va donc nourrir de nombreux arbitrages, de la question du périmètre de collecte des données au choix des dispositifs de vigilance, jusqu'à soulever la question de la responsabilité sociétale des ONG.

**Matérialité.** Issue du monde de l'audit financier, cette notion correspond au seuil au-delà duquel des erreurs comptables peuvent avoir un impact significatif sur la vérité des comptes certifiés de l'entreprise. Transposée au domaine de la RSE, la matérialité permet à une entreprise de sélectionner les enjeux qu'elle juge les plus pertinents : elle fait donc écho à la directive *reporting* qui invite à intégrer dans le rapport « lorsque cela s'avère pertinent et proportionné (...) les relations d'affaires, les produits ou les services du groupe, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont le groupe gère ces risques ». Face à une surcharge informationnelle (**infobésité** ou **information overload**), nuisant à la lisibilité et la pertinence des informations transmises, le concept de matérialité offre une boussole. Une méthodologie qui amène son lot de mots barbares tels que les matrices ou tests de matérialité, censées permettre une priorisation raisonnable des enjeux de vigilance. Plébiscitée par de nombreuses normes de *soft-law* (GRI, principes de l'AA1000 définis par *Accountability, Initiative*

*Internationale pour le Reporting Intégré*), le choix de la méthode d'identification et d'évaluation est laissé à la liberté de l'entreprise, et constitue un facteur d'exposition à des risques réputationnels, juridiques et financiers. La méthode retenue pour évaluer la matérialité des enjeux ESG révélera notamment le caractère raisonnable ou non des mesures de vigilance. Les instances de gouvernance doivent donc se préparer à un exercice d'explication qui ne relève pas seulement du principe de « *comply or explain* » et qui ne pourra se reposer derrière le secret des affaires...

**Secret des affaires.** Si les enjeux ESG sont présentés comme non concurrentiels notamment par des acteurs de la grande distribution, les exigences de transparence qu'ils génèrent cohabitent cependant avec la notion de secret des affaires. Objet de la directive du 8 juin 2016<sup>(23)</sup>, également présent dans les textes organisant le *reporting* extra-financier (directive précitée, proposition de loi « devoir de vigilance », et ensemble des outils de *soft-law*), le principe de secret des affaires qui pourrait apparaître comme un commode moyen de faire de la rétention d'information extra financière, est loin d'être absolu. Le considérant 10 de la directive « reporting » prévoit que les États membres mettent en place des procédures efficaces pour garantir la publication du *reporting*, « *procédures mises à la disposition de toutes personnes et entités juridiques ayant un intérêt légitime, conformément au droit national, à veiller au respect des dispositions de la présente directive* »... Que faire de ces informations visées à l'article 2 de la directive « secret des affaires » qui « (...) ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes, et qui ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes » ? Voici les termes du dilemme auquel devront répondre les organes de gouvernance dans l'exercice de leur reddition d'information ESG. Et à l'heure où les lanceurs d'alerte obtiennent un statut plus protecteur (loi *Sapin II* encore en débat), on peut voir combien les arbitrages opérés devront être convaincants. C'est tout le sens de la déclaration d'une des auteurs du dernier guide de l'Institut Français des Administrateurs sur la gouvernance des filiales d'un groupe présenté le 17 juin 2016 : « *Les risques liés aux enjeux de RSE sont devant nous* »...<sup>(24)</sup>

La sécurité juridique et réputationnelle de l'entreprise et de ses dirigeants repose ainsi sur une habile articulation d'un tryptique complexe : raisonnable/matérialité/secret des affaires...

(22) Voir le texte de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, tel qu'adopté en 2<sup>e</sup> lecture à l'Assemblée nationale le 24 mars 2016 : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0708.asp>>.

(23) Dir. PE et Cons. UE n° 2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention l'utilisation et la divulgation illécites, JOUE 15 juin, n° L 157.

(24) Gouvernance des filiales d'un groupe - Principes et bonnes pratiques, IFA, 17 juin 2016.

### III. – De l'extension de la surveillance aussi...

Dans le sillage d'une étude menée en 2014 par Affectio Mutandi et Mirova,<sup>(25)</sup> l'agence de notation extra financière Vigeo confirme la matérialité du risque RSE et « *c'est un signe aux managers que l'engagement tangible et mesurable avec les parties prenantes et la reddition sur les objectifs et les performances en RSE concourent à la sécurité juridique, qui est elle-même une composante clé de la capacité de création de valeur* » : ainsi une entreprise sur cinq a fait l'objet d'une sanction avec au moins un facteur de responsabilité sociale<sup>(26)</sup>. La gouvernance d'entreprise ne peut donc plus ignorer le fait que plus la RSE fait son chemin (auprès de la société civile et des autorités publiques...) plus des pistes de développement d'un « contentieux reporting », conventionnel ou non, se précisent. La maturité à laquelle parvient aujourd'hui le mécanisme du reporting ESG pose en effet nécessairement, en cas de défaut, d'insuffisance ou de mauvaise information, la question des risques encourus par l'entreprise elle-même et ses dirigeants, avec un panel large de possibles sanctions administratives, pénales ou civiles<sup>(27)</sup>, sans parler de la sanction du marché<sup>(28)</sup> financier et économique avec le « boomerang » du risque réputation à l'ère d'internet<sup>(29)</sup>.

Pour les sociétés cotées, on pensera évidemment à un contrôle renforcé de ces données par les autorités boursières, en particulier sur les justifications « circonstanciées » attendues en cas de non renseignement de certains indicateurs, dans un souci de protection des investisseurs : l'AMF a déjà rendu plusieurs rapports sur la nécessité d'améliorer la qualité de cette information<sup>(30)</sup>.

Dans une toute autre perspective, la surveillance de la mise en œuvre efficace du reporting s'accroît aussi sous l'impul-

sion des institutions représentatives des entreprises<sup>(31)</sup> et des syndicats<sup>(32)</sup>. À mettre en perspective avec le fait que ces derniers, comme les ONG, peuvent mobiliser des outils normatifs tels que les Points de Contact Nationaux de l'OCDE : faute de se conformer à l'esprit de ces obligations de transparence, les entreprises pourraient devoir répondre devant ces instances de leurs manquements au principe III sur la publication d'informations<sup>(33)</sup>. Des coalitions entre ONG disposant de preuve d'impacts ESG et des investisseurs souhaitant en savoir plus pour éclairer leurs décisions vont-elles voir le jour ? Certains investisseurs, de plus en plus surveillés sur leur prise en compte des performances RSE, réfléchissent déjà à ces stratégies d'engagement non conventionnel...

Et s'il est vrai qu'aujourd'hui seuls les investisseurs et les ONG lisent les rapports RSE, les entreprises devraient veiller au respect de l'attente légitime du consommateur : un reporting trompeur ne peut-il constituer une pratique commerciale déloyale<sup>(34)</sup> ? Maillon essentiel du développement durable, le consommateur « augmenté » arrive, façonné par la technologie et la loi qui lui offre de nouveaux outils. Rappelons par exemple que l'*Homo Ethicus Numericus*<sup>(35)</sup> qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait qu'un bien ait été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, a depuis mars 2015 le droit de demander au fabricant, producteur ou distributeur d'un bien commercialisé en France des renseignements sur un certain nombre d'informations, telles l'implantation géographique et qualités de ses sous-traitants et fournisseurs<sup>(36)</sup>... ■

(25) *Soft law violation & liability – Towards Fiduciary Duty*, S. Hazra, S. Voisin, Y. Queinnec, P.-S. Guedj et S. Alamowitch, 16 juin 2014 - <[http://affectiomutandi.com/wp-content/uploads/2014/06/Soft-Law-Violation-Liability\\_Executive-Summary.pdf](http://affectiomutandi.com/wp-content/uploads/2014/06/Soft-Law-Violation-Liability_Executive-Summary.pdf)>. Les actes de la conférence de lancement sont disponibles <http://affectiomutandi.com/actes-de-la-conference-soft-law-violations-liability/>.

(26) Étude Vigeo, Responsabilité sociale d'entreprise : le coût des sanctions, juin 2015, consultable sur <<http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/etude-vigeo-le-cout-des-sanctions-052015>>.

(27) I. Desbarats et G. Jazottes, La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?, *in* L'entreprise face aux risques, Cah. dr. entr. 2012, n° 3, p. 25 ; Y. Queinnec et A. Constantin, Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, préc. ; V. Mercier, Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarches volontaires, Dr. sociétés avr. 2011, p. 7.

(28) M.-P. Blin-Franchomme et *alii*, Entreprise et développement durable, Lamy axe droit 2011, p. 137.

(29) C. Malecki, Responsabilité sociale des entreprises, *op. cit.*, p. 337 et s.

(30) Voir par ex. en 2013, Recommandation DOC-2013-18, Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale, spéc. p. 38, consultable sur le site <[www.amf-france.org](http://www.amf-france.org)>.

(31) Citons ici les travaux du MEDEF de 2012 : Guide méthodologique sur le reporting RSE, <[http://www.medef.com/fileadmin/user\\_upload/www.medef-corporate.fr/document/RSE/MEDEF\\_-\\_Guide\\_Reporting\\_RSE\\_-\\_Mai\\_2012.pdf](http://www.medef.com/fileadmin/user_upload/www.medef-corporate.fr/document/RSE/MEDEF_-_Guide_Reporting_RSE_-_Mai_2012.pdf)> ; les travaux de la fédération pour la formation professionnelle : <[http://www.ffp.org/ressources/Guide\\_reporting\\_nouvelle\\_presentation\\_-\\_Juin\\_2014.pdf](http://www.ffp.org/ressources/Guide_reporting_nouvelle_presentation_-_Juin_2014.pdf)> ; ceux de la CGPME, au soutien de l'exclusion du reporting pour les TPE et PME de moins de 500 salariés : <[www.cgpmefr.com](http://www.cgpmefr.com)>.

(32) Voir pour la CFDT <[https://www.cfdt.fr/upload/docs/application/pdf/2012-11/dir2/le\\_reporting\\_rse\\_-\\_synthese.pdf](https://www.cfdt.fr/upload/docs/application/pdf/2012-11/dir2/le_reporting_rse_-_synthese.pdf)> ; voir aussi les demandes d'expertise demandées par la CGT au Conseil Groupe Alpha, notamment sur le reporting.

(33) Y. Queinnec et MS. Penglaou, De l'utilité des principes directeurs de l'OCDE, RLDA 2013/84, n° 4688 ; R. de Quenaudon, Droit de la responsabilité sociétale des organisations, Larcier, 2014, p. 306.

(34) Sur l'importance de la loyauté en matière de RSE, alors que la notion de bonne foi vient d'être plus largement consacrée dans la sphère contractuelle : K. Martin-Chenut et J. Tricot, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », *in* La RSE saisie par le droit, (dir.) K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon, A. Pedone, 2016, p. 363 ; M.-P. Blin-Franchomme, Le « marché de la consommation durable » : regards sur la loyauté des pratiques commerciales, Contrats, conc., consom. 2012, Étude, p. 6.

(35) P.-S. Guedj, L'ère de l'*Homo Ethicus Numericus* – Vers de nouvelles mobilisations sociétales, facteurs de risques juridiques et réputationnels, Culture RP, 20 févr. 2015, <<http://culture-rp.com/2015/02/20/vers-de-nouvelles-mobilisations-societales-facteurs-de-risques-juridiques-et-reputationnels/>>.

(36) M.-P. Blin-Franchomme et Y. Queinnec, RLDA 2015/104, n° 5586.