



HAL
open science

RSE, ESG, compliance : éléments pour une distinction

Morgane Tirel

► **To cite this version:**

Morgane Tirel. RSE, ESG, compliance : éléments pour une distinction. Revue Lamy Droit des affaires, 2023, 2, pp.22. hal-04434661

HAL Id: hal-04434661

<https://univ-evry.hal.science/hal-04434661v1>

Submitted on 3 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

« RSE, ESG et *compliance*. Éléments pour une distinction », *RLDA 2023*, suppl. au numéro de février (dossier spécial sur la densification normative de la RSE, dir. Grégoire Leray), p. 22

Morgane TIREL
Maître de conférences de l'Université Paris-Saclay,
Membre de l'Institut Droit, Éthique et Patrimoine

RSE, ESG, *compliance* : ce triptyque est omniprésent dans le discours politique et économique, et désormais juridique. Loin d'être synonymes, ces concepts sont porteurs de sens et d'enjeux différents. Une clarification conceptuelle s'impose, permettant de distinguer la RSE de la *compliance* et de l'ESG afin de ne pas occulter, derrière des logiques procédurales (*compliance*) ou des indicateurs financiers (ESG), le principe de responsabilité propre à la RSE.

L'irrésistible ascension de l'éthique des affaires s'accompagne d'un discours, devenu omniprésent dans l'espace médiatique, dominé par le triptyque « RSE » (responsabilité sociétale de l'entreprise), « *compliance* » et « ESG » (environnement social gouvernance). Or, les contours incertains de ces concepts contribuent à l'impression de « grand fourre-tout »¹ qui caractérise ces matières. Ces imprécisions terminologiques favorisent également les pratiques de *greenwashing* et de *fairwashing*, qui prospèrent volontiers sur ce flou conceptuel.

RSE, ESG, *compliance* : quand il ne suscite pas la méfiance, cet incessant ballet d'acronymes et d'anglicismes pourra dérouter le juriste, habitué à un langage si ce n'est plus élégant, du moins plus clair. Bien nommer les choses, en somme, pour ne pas ajouter au malheur du monde juridique ! Dans cette perspective, l'étude se propose de revenir sur les acceptions communément admises des concepts de *compliance* et d'ESG et de montrer en quoi ils se distinguent de la RSE. Le premier, initialement indépendant de la RSE, s'en est rapproché ; le second, récemment entré en droit positif, est apparu dans son sillage.

Parfois considérés comme synonymes ou employés de manière impropre, les trois concepts renvoient pourtant à des réalités distinctes. Plus encore, ils reflètent des enjeux de pouvoir, traduisent des luttes d'influence, véhiculent des appréhensions différentes du rôle de l'entreprise. Loin d'être neutre, le langage organise notre perception et transforme le réel². C'est dire si, au-delà d'une logique purement descriptive, un effort de clarification conceptuelle s'impose. Et, à cet égard, si « *définir la compliance n'est pas simple* »³, il est sans doute moins difficile de distinguer la RSE de la *compliance* que de l'ESG.

I. RSE et *compliance*

À première vue, RSE et *compliance* sont « *cousus dans le même sac* »⁴. Il n'est pas étonnant que certains les tiennent pour synonymes. Pourtant, chacun peut percevoir, ne serait-ce qu'intuitivement, une distinction entre les deux concepts. La plupart du temps, d'ailleurs, la doctrine tient compte de cette différence sans même s'en justifier, préférant évoquer par exemple la « politique RSE » plutôt que la « politique de *compliance* », les « programmes de

¹ J.-J. Daigre, « L'exubérance irrationnelle de la RSE », *Banque et Droit*, n° 203, mai-juin 2022, p. 3.

² V. not. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Traduction et introduction de G. Lane. Paris, Éd. du Seuil, 1970.

³ A. Gaudemet, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire*, n° 165, 2019.

⁴ Selon la formule employée par Carbonnier à propos de l'auteur et du complice (« Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP éd. G.* 1952, I, 1034).

compliance », plutôt que les « programmes de RSE ». Il n'y a en réalité dans ces préférences nul hasard.

Ces deux objets d'étude sont d'abord distincts par leur origine. La RSE est un « *concept issu des sciences de gestion, né de la pratique, proche du catholicisme et du protestantisme sociaux, du paternalisme industriel et de la philanthropie corporative (...) théorisée par les anglo-saxons, faisant passer ces pratiques du stade individuel de l'entrepreneur au stade collectif de l'entreprise elle-même* »⁵. Quant à ses racines théoriques, le concept de RSE est issu d'un rapprochement entre la théorie de la *Corporate Social Responsibility* (ci-après « CSR »), formulée dans les années 1950, avec la théorie des parties prenantes, formulée dans les années 1980, invitant à prendre en considération les incidences des activités de l'entreprise⁶ sur la société – y compris sur l'environnement. Ce rapprochement, combiné aux attentes de la société civile et à la montée en puissance des enjeux environnementaux, a permis à la RSE d'intégrer la sphère juridique, sous l'impulsion des organisations internationales, en particulier de l'ONU⁷. En droit français, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) représente la première loi en matière de RSE, mettant à la charge de certaines entreprises une obligation de *reporting* extra-financier⁸.

Si la *compliance* trouve également ses racines outre-Atlantique, elle ne repose pas sur les mêmes fondements théoriques. En effet, « *c'est par les théories d'économie bancaire et financière élaborées aux États-Unis que la compliance est arrivée en Europe. Son cœur est l'obligation de prévenir et d'alerter sur une possible violation des règles via les flux bancaires et financiers* »⁹. Il est d'usage d'associer son essor international à une loi fédérale américaine, le *US Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) de 1977, dont le but était de lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger. Mais c'est dans la pratique que la *compliance* se développe réellement, initialement dans des secteurs réglementés (banque, finance) ou industriels (pharmacie...). En France, il faut attendre la loi « *Sapin II* » pour que le législateur ancre pleinement la *compliance* en droit français¹⁰.

De fait, la confusion entre RSE et *compliance* se cristallise à partir de 2016. Si certains font le choix d'éluder ce problème, d'autres de tenir RSE et *compliance* pour synonymes, les rares auteurs opérant une distinction pouvaient encore, il y a quelques années, s'appuyer sur la « texture »¹¹ de la règle pour y parvenir, et constater ainsi que « *compliance* et RSE relèvent d'une différence fondamentale : la responsabilité sociale des entreprises est un cap fixé à l'entreprise tandis que les règles de *compliance* demeurent des règles contraignantes »¹². À la *compliance*, donc, reviendrait le monopole de la contrainte. Cette proposition repose

⁵ J. Lagoutte, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *RCA*, déc. 2015, étude 11.

⁶ La notion d'entreprise étant entendue largement (v. not. CJCE, 23/04/1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 : « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »).

⁷ Sur l'origine de la RSE, v. not., J.-P. Gond et J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, Que sais-je ?, n° 3837, 3^e éd., 2012 ; F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), *RSE. Regards croisés droit et gestion*, Economica, 2011.

⁸ C. com., art. L. 225-102-1.

⁹ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *D.* 2016, p. 1781.

¹⁰ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. V. not. X. Boucobza, Y.-M. Serinet, « Loi "Sapin II" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017, p. 1619.

¹¹ C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 599.

¹² M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la *compliance* ? Essai de définition », *D.* 2020. 1419.

néanmoins sur une conception de la RSE qui apparaît aujourd'hui dépassée. En effet, si la RSE s'est développée comme un droit souple, il n'est guère contestable désormais que les normes de RSE peuvent être contraignantes. Abandonnant sa conception « volontariste »¹³ dès 2011, la Commission européenne définit ainsi la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »¹⁴, incitant à combiner *soft* et *hard law* : « les pouvoirs publics devraient avoir un rôle de soutien en combinant intelligemment des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires »¹⁵. Dès lors, si la distinction entre RSE et *compliance* ne tient plus à la texture de la règle, seraient-elles devenues synonymes ?

Il n'en est rien. Outre leurs fondements théoriques distincts, il existe entre RSE et *compliance* une différence de domaine — même si celle-ci a perdu de sa netteté — et, surtout, de nature.

Initialement, *compliance* et RSE étaient nettement séparées par leur domaine. La *compliance* s'est d'abord cantonnée aux questions d'intégrité dans le monde économique et de lutte contre la corruption, le blanchiment ou le financement du terrorisme. Mais « désormais, la *compliance* est conçue comme une procédure intégrant les problématiques RSE », en sorte qu'aujourd'hui, elle « protège contre les atteintes potentielles ou probables de l'entreprise aux droits humains, à la santé, à la sécurité des personnes ou à l'environnement »¹⁶. Parallèlement, la RSE connaît ce même élan hypertrophique : initialement centrée sur la protection des droits fondamentaux, des droits sociaux et de l'environnement, la RSE comprend désormais « la lutte contre la fraude et la corruption »¹⁷. Le rapprochement entre les domaines des deux concepts est indéniable. Les « compétences exclusives » de chacun d'eux se réduisent à peau de chagrin, même si des différences subsistent ponctuellement — par exemple, la question du mécénat et des fondations d'entreprise relève de la RSE et non de la *compliance*. Le rapprochement entre les deux concepts, conséquence directe de l'expansion de leurs domaines respectifs, peut également être observé en ce qui concerne les objectifs poursuivis. Ainsi, alors qu'à l'origine la *compliance* avait d'abord pour but la gestion et la prévention des risques juridiques, s'est ajouté à cet objectif celui d'instaurer et de respecter une éthique des comportements au sein de l'entreprise — ce qui la rapproche de la RSE.

En dépit de ces évolutions, *compliance* et RSE continuent de se distinguer car elles renvoient à des conceptions différentes de l'entreprise. En effet, la *compliance* désigne des procédures internes à l'entreprise, tandis que la RSE s'analyse avant tout comme, une démarche réflexive de l'entreprise sur son rôle et sur les effets de ses activités sur le monde. Fondamentalement, la RSE représente une nouvelle conception du rôle de l'entreprise. Ainsi qu'il a été observé, « la RSE est sur le point de devenir l'un des concepts majeurs de l'évolution du capitalisme contemporain. La RSE conduit en effet les entreprises à peu à peu délaisser la "maximisation de la valeur actionnariale" comme référence unique du but ultime de l'entreprise depuis les années quatre-vingt du siècle dernier pour s'en fixer un autre : le caractère soutenable et

¹³ V. not. Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la RSE » (COM(2001)366).

¹⁴ « RSE : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014 » (Communication COM(2011)681 final).

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ M. Mekki, « L'intelligence contractuelle et numérique au service de la responsabilité sociétale des entreprises », *AJ Contrat* 2020, p.112.

¹⁷ *ibid.*

durable de leurs activités économiques. Le changement de paradigme auquel il nous est offert d'assister est absolument phénoménal »¹⁸.

La *compliance* ne représente pas une nouvelle conception du rôle de l'entreprise, mais une technique d'internalisation des enjeux et problématiques juridiques par l'entreprise, un ensemble de techniques et de procédures destinées à contrôler l'application effective des règles juridiques et éthiques applicables aux entreprises afin de prévenir les risques liés à leur violation¹⁹. Car « *en réalité, ce sont les techniques qui définissent le mieux la compliance* »²⁰. C'est là souligner la nature procédurale de la *compliance*. Cette idée est d'ailleurs centrale dans la définition du concept livrée par Alain Supiot : « *le mot anglais compliance désigne une procédure de normalisation, c'est-à-dire une programmation du fonctionnement de l'entreprise* »²¹. L'essor de la *compliance* s'inscrit en effet dans le mouvement de procéduralisation du droit, lequel « *vise à atteindre le résultat attendu par la garantie d'une procédure préalable la plus efficace possible* »²². En effet, dans nos sociétés où le juste est de plus en plus difficile à définir *a priori*, « *il ne s'agit plus pour le droit de dicter "ce qu'il faut faire" mais "comment il faut faire"* »²³ ; ainsi, le droit organise des procédures²⁴, recherchant une légitimité procédurale en lieu et place d'une « *légitimité intrinsèque* »²⁵. Dans cette perspective, il est permis de se demander si le « droit de la *compliance* » relève du droit processuel²⁶ – Emmanuel Jeuland, évoquant la « *processualisation des entreprises* » entraînée par la *compliance*²⁷, répond toutefois par la négative.

En définitive, si le rapprochement entre les deux concepts est indéniable, RSE et *compliance* ne sauraient être confondues. La *compliance* est un vecteur d'application des normes et notamment de la « politique RSE » d'une entreprise. Elle est donc une technique au service de la RSE. Mais elle est également porteuse de risques inhérents à toute forme de procéduralisation du droit : d'un risque tenant à la progression des règles étatiques

¹⁸ J.-M. Moulin, « Les zones frontalières de l'entreprise socialement responsable », *Mélanges A. Couret*, Dalloz, 2020, p. 162.

¹⁹ En ce sens, v. aussi, not., O. Debat, cité par A. Couret, « *Comply or explain : les destinées françaises du principe* », *BJS* 2017, n° 3, p. 202 : la *compliance* « *est un processus par lequel les acteurs économiques insèrent leurs actions dans une démarche de conformité aux règles de toute nature, externes (supra-étatiques, locales professionnelles, coutumières...) et internes à l'entreprise, et d'éthique* ».

²⁰ A. Gaudemet, préc. : l'auteur explique que cette définition de la *compliance* par la technique « *fait voir la compliance pour ce qu'elle est vraiment : une discipline du lien entre la fonction juridique et les fonctions opérationnelles de l'entreprise, qui tire les conséquences de l'épaisseur des grandes entreprises (...), en partant du postulat qu'il ne suffit pas de "dire le droit" dans l'entreprise pour que celui-ci s'y applique* ».

²¹ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, cours au Collège de France, 2012-2014, Paris, Fayard, 2015, p. 415.

²² M.-E. Boursier, préc.

²³ P. Lokiec, « La contractualisation et la recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, S. Chassagnard et D. Hiez (dir.), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008, p. 15.

²⁴ P. Lokiec, préc., p. 23.

²⁵ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, préf. J. Commaille, LGDJ/Lextenso, Droit et Société Classics, 5^e éd., 2017.

²⁶ Pour une toute autre conception du « droit de la *compliance* », en tant que droit substantiel, v. not., M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », préc., ainsi que les nombreux travaux de l'auteur sur ce sujet.

²⁷ E. Jeuland, *Droit processuel général*, Lextenso, déc. 2018, n° 16 : « *ce phénomène ne fait (...) pas partie du droit processuel* ».

procédurales au détriment des règles substantielles²⁸, d'abord ; d'un risque de servir « à esquiver le tribunal en permettant à une entreprise (...) de se mettre à l'avance en conformité »²⁹, ensuite. Plus généralement, la *compliance* soulève aussi un problème tenant à l'incitation des entreprises à appréhender la RSE dans une logique de pure conformité (« *box ticking* »), qui lui est pourtant « presque antinomique »³⁰. Ce en quoi elle rejoint la question montante de l'ESG, porteuse elle aussi de promesses comme de périls pour le développement de la RSE.

II. RSE et ESG

L'essor de l'ESG est indissociable d'initiatives prises par l'Organisation des Nations Unies au début des années 2000. Dans le prolongement du Pacte des Nations Unies (*Global Compact*), Kofi Annan, alors secrétaire général de l'ONU, invite une cinquantaine de dirigeants de grands groupes à faire partie d'un projet sous l'égide du *Global Compact*. Dans ce cadre, en 2004, un rapport dit « *Who Cares Wins* »³¹, rédigé en collaboration avec des institutions financières, se réfère à l'ESG, sans définir précisément ce concept³². Peu après, les Principes pour l'investissement responsable (PRI), cherchant à initier une stratégie dans le domaine financier autour de la durabilité et de la gouvernance, se placent sous cette nouvelle bannière³³. Appelés à se préoccuper de ces problématiques dans la gestion de leurs portefeuilles, les investisseurs ne tardent pas à s'en emparer³⁴. Pour ces raisons, l'ESG a initialement pu sembler éloigné de la sphère juridique. Mais force est de constater que ce sigle surgit de plus en plus sous des plumes doctrinales – sans, pour autant, être conceptualisé, ni envisagé comme un objet d'étude en lui-même – comme l'est la RSE. Pour l'heure, l'acronyme est essentiellement employé en étant accolé à un autre terme : « critères ESG »³⁵, « données ESG »³⁶, « risques ESG »³⁷, « performances ESG »³⁸ – pour

²⁸ V. not. J. Icard, « Économie de la loi de sécurisation de l'emploi », *Les Cahiers sociaux*, n° 254, 1^{er} juill. 2013.

²⁹ E. Jeuland, préc.

³⁰ B. Parance, « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », *JCP éd. E.* 2022, n° 15, p. 1153, n° 18. L'auteur explique, à propos des « sujets de *compliance* » : « *alors même que l'esprit des normes est d'encourager un engagement sincère et responsable des entreprises, ces dernières peuvent avoir le souci de se prémunir de leur éventuelle responsabilité par un accomplissement presque mécanique des dispositifs, dans une logique tick the box comme disent les Anglo-Saxons !* ».

³¹ Rapport *Who Cares Wins – Connecting Financial Markets to a Changing World*, juin 2004.

https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/publications/publications_report_whocareswins_wci_1319579355342.

³² V. not., E. Pollman, « *The Making and Meaning of ESG* », *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 659/2022*.

³³ E. Pollman, préc.

³⁴ Le rapport 2020 *Global Sustainable Investment Review* indique que les investissements durables mondiaux dépassent désormais 35 000 milliards de dollars.

³⁵ J.-M. Moulin, « Finance alternative - Finance durable - Benchmark climatique et ESG », *RD bancaire et fin.* 2019, n° 6, comm. 216.

³⁶ J.-M. Moulin, « La gestion d'actifs à l'interface de l'information extra-financière » (cadre juridique interne de la finance durable) », *RD bancaire et fin.* 2022, n° 5, dossier 41.

³⁷ J.-G. de Tocqueville, Ph. Goutay, C. Feunteun, « Le nouveau paquet bancaire, des fonds propres aux risques ESG à une surveillance renforcée, où va-t-on ? » (Veille), *RD bancaire et fin.* 2021, n° 6, alerte 157.

prendre les expressions les plus fréquentes. Puisqu'aucune définition juridique de l'ESG ne semble consacrée, il est temps, au lendemain de son entrée en droit positif³⁹, de s'essayer à livrer quelques premières impressions.

L'ESG connaît plusieurs acceptions et interprétations. D'abord, il renvoie à son terrain d'élection, *c'est-à-dire* les outils de mesure et de notation des performances extra-financières des grandes entreprises. Il est alors défini comme un « *sigle international utilisé par la communauté financière pour désigner les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance qui constituent généralement les trois piliers de l'analyse extra-financière* »⁴⁰. Les critères ESG désignent ainsi des critères d'évaluation des politiques et mesures prises par les entreprises en matière de RSE et de gouvernance, permettant aux agences de notation financière d'évaluer les risques financiers liés à la durabilité auxquels sont exposées les entreprises⁴¹. Dans cette perspective, assimiler ESG et RSE reviendrait alors à confondre la politique d'une entreprise en matière sociale et environnementale avec les outils de mesure pour l'évaluer.

Dans une autre acception usuelle, le sigle « ESG » désigne, plus largement, l'ensemble des sujets extra-financiers, embrassant dans un même élan la totalité des questions sociales, environnementales et de gouvernance relatives aux activités de l'entreprise. Ici, l'ESG ne désigne pas des critères mais un domaine, d'où l'emploi récurrent des formules « en matière ESG »⁴² ou « sujets ESG »⁴³. C'est aussi en ce sens que les auteurs évoquent les « normes ESG »⁴⁴ ou le « *reporting ESG* »⁴⁵ ; c'est en ce sens, encore, que la directive CSRD⁴⁶ indique que « les termes "environnemental", "social" et "gouvernance" » sont un « moyen de

³⁸ C. Branchereau et Ph. Thomas, « Finance durable – L'avènement des *covenants ESG* », *RD bancaire et fin.* 2019, étude 14, n° 6.

³⁹ Décret n° 2021-663 du 27 mai 2021 pris en application de l'article L. 533-22-1 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de l'article 29 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, évoquant les « *critères relatifs au respect d'objectifs environnementaux, sociaux et de qualité de gouvernance* ». L'acronyme est également intégré au droit de l'Union européenne depuis deux directives du 27 novembre 2019 (2019/2034, concernant la surveillance prudentielle des entreprises d'investissement et modifiant les directives 2002/87/CE, 2009/65/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE et 2014/65/UE ; 2019/2089 modifiant le règlement 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence transition climatique de l'Union, les indices de référence accord de Paris de l'Union et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence).

⁴⁰ E. Laurent, « L'Urssaf développe l'approche ESG dans ses missions financières », *Droit social* 2022, p. 973. Cette acception existe également dans le monde anglo-américain. V. par ex. : « *ESG is a measurement to ensure that environmental and social impacts are considered and embedded into investments made either by corporate entities or individual investors* », Deloitte, « *A green world through environmental, social, and governance (ESG) compliance. How the power and utilities sector can lead the ESG revolution* », 2022 (<https://www2.deloitte.com/us>).

⁴¹ E. Auriol, « Notation ESG : un dispositif encore perfectible », *Les Echos*, 14 déc. 2022, p. 10.

⁴² Pour un ex., dès 2010, v. L. Nurit, « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *D.* 2010, p. 2081.

⁴³ R. Family, « *Environmental, Social and Governance - Expectations around ESG...* » (éditorial), *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* 2021, n° 2, 60.

⁴⁴ F. Julien, « La finance verte : les prêts verts ou liés au développement durable (*sustainability linked loan*) », *RD bancaire et fin.* 2022, n° 5, dossier 44.

⁴⁵ C. Malecki, « L'information non financière », *RLDA* 2021, n° 176.

⁴⁶ Directive 2022/2464 du 14 décembre 2022 sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises ou *Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)*.

catégoriser les trois principales questions de durabilité »⁴⁷. Or, ESG et CSR tendent à devenir – peu ou prou – des synonymes, notamment outre-Atlantique.

Dans le monde anglo-américain, le concept d'ESG a en effet supplanté celui de CSR, traduit en français par « RSE »⁴⁸. Ce basculement s'est opéré peu à peu à mesure de la prise en compte des enjeux de durabilité dans le monde financier, en particulier par les gestionnaires d'actifs⁴⁹. À présent, aux États-Unis, il est question de l'ESG au-delà de la matière financière ; de plus en plus, il est fait référence à l'« *ESG and Law* » et aux « *ESG law firms* ». Ce glissement sémantique commence à affleurer dans la presse française, comme le révèle ses récents choix de traduction de l'ESG⁵⁰. L'ESG ne serait-il pas différent d'une RSE à laquelle serait simplement ajoutée le « G », soit les problématiques de gouvernance ?

Il n'en est rien. Car dans cette acception, l'ESG prend appui sur une certaine conception de la RSE. Il existe en effet plusieurs conceptions de la RSE – à la fois complémentaires et concurrentes : historiquement, la RSE s'inscrit dans le courant de l'éthique des affaires, avant de se doubler d'une conception utilitariste, selon laquelle le comportement social de l'entreprise sert sa performance économique⁵¹ (« *Ethics pays* »). Émerge ensuite une troisième conception autour de la théorie du développement durable⁵². Mais si l'ESG est liée à la conception utilitariste de la RSE, cela n'en fait pas des synonymes, et ce d'autant plus qu'un changement de terminologie n'est jamais neutre⁵³.

En effet, si le sigle ESG venait à supplanter celui de RSE, c'est toute une conception du rôle de l'entreprise qui en serait modifiée. Il importe de comprendre qu'à travers ce changement de terminologie, s'effacerait – s'estomperait, *a minima* – l'idée de responsabilité de l'entreprise et du dirigeant, soit l'idée à l'origine de la RSE (quand bien même il s'agissait initialement d'une responsabilité morale). Accepter que l'ESG prenne le pas sur la RSE, comme si l'un valait l'autre, reviendrait à admettre une RSE dépouillée de ce qui fait non seulement sa richesse, mais bien sa sève : à savoir ses dimensions politiques, éthiques, historiques, juridiques et même philosophique (le concept de responsabilité étant philosophique et moral, avant d'être juridique). En ne désignant plus qu'une matière, le domaine extra-financier, le concept d'ESG apparaît en effet comme une version « objectivée » de la RSE ; un pendant appauvri de la RSE qui ne serait plus un courant de pensée inscrit dans l'histoire, mais un simple acronyme, aussi froid que commode pour désigner d'un seul élan l'ensemble foisonnant des questions liées aux trois lettres qui le composent.

⁴⁷ Directive CSRD, n° 28.

⁴⁸ V. not., E. Pollman, préc. ; A. Winston, « *What's Lost When We Talk 'ESG' and Not 'Sustainability'* », 5 mai 2022, *MIT Sloan Management Review*.

⁴⁹ A. Winston, préc.

⁵⁰ V. not., O. Ubertalli, « La RSE, une "vaste arnaque" : et si Elon Musk avait raison ? », *Le Point*, 26 juill. 2022 : à propos d'un tweet d'Elon Musk du 18 mai 2022 : « *Exxon is rated top ten best in world for environment, social & governance (ESG) by S&P 500, while Tesla didn't make the list! ESG is a scam. It has been weaponized by phony social justice warriors* ».

⁵¹ M. Capron, *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, V° Conceptions de la RSE, p. 65, n° 9.

⁵² Soit la théorie qui préconise d'intégrer les contraintes écologiques et sociales à l'économie. V. not., L. Fonbaustier et V. Magnier, *Développement durable et entreprise*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 17 et 44.

⁵³ A. Winston, préc. : « *On the level of language, which can guide behavior and outcomes, the term ESG is fairly meaningless. It's an acronym for categories of things companies should work on. That's likely a part of why investors like it – they can look like they're talking about real progress on environmental and social issues without saying much at all* ».

Si l'ESG venait à être employé comme synonyme de RSE, ce serait au prix d'un effacement du cœur historique de cette dernière, tenant à la responsabilité et à l'engagement, au profit d'un nouveau socle tenant à des critères quantitatifs et à des performances⁵⁴ : en sorte que la montée en puissance de l'ESG annonce peut-être le retour de la primauté des chiffres⁵⁵, la réintroduction d'une logique de pur calcul, un comble en somme au regard de l'essence de la RSE, construite en réaction à cette logique comptable – imposée dès que l'on postule que la société a pour unique but le profit. Et l'on perçoit bien le danger qui guette : ce retour en grâce des chiffres dans le domaine extra-financier, soit un domaine qui s'en voulait par hypothèse éloigné, n'est pas sans donner prise à l'idée que la RSE est « *l'ultime ruse du capitalisme* »⁵⁶, qu'au fond « *les marchés financiers sont en train de s'emparer de la crise écologique comme d'une nouvelle table de jeux* »⁵⁷. In fine, le risque est d'assister à une sorte de dénaturation de ce qui fait la substance et le souffle de la RSE.

Pour ces raisons, il importe de distinguer l'ESG de la RSE et de circonscrire l'emploi du premier au domaine de l'investissement financier et à la question des critères d'évaluation des performances extra-financières d'une société. À cet égard, il est impérieux de s'accorder sur un langage commun afin de définir ces critères, tant il est permis, actuellement, de déplorer leur inconsistance et leurs insuffisances⁵⁸. En effet, l'information utilisée par les agences de notation « *pour établir leurs notes varie considérablement d'un pays à l'autre, d'une industrie à l'autre et même d'une entreprise à l'autre (...). À cela s'ajoutent les problèmes de capture par les entreprises qui nuisent encore plus à leur crédibilité* »⁵⁹. Et l'auteur de citer, à l'appui de ce constat, l'exemple d'Orpea – parmi d'autres – qui pouvait encore se féliciter de sa note ESG à l'heure où le scandale a surgi⁶⁰. Consciente de l'instrumentalisation de l'ESG (« *ESG-washing* »⁶¹), l'Union européenne ambitionne d'endiguer ce phénomène grâce à la directive CSRD qui prévoit une standardisation des critères ESG⁶². Les défis sont cependant de taille. S'il est crucial de définir un langage commun de la comptabilité extra-financière, encore s'agit-il de choisir un langage fiable. Cela suppose notamment que les critères ne se réduisent pas à l'évaluation des risques pour les investisseurs, mais comprennent également celle des impacts de l'application des normes et politiques en matière extra-financière, à rebours de la voie la plus souvent empruntée dans les notations ESG conventionnelles⁶³.

⁵⁴ B. Bartels, « Impact ou risque, la notation ESG doit changer de paradigme », AGEFI, 17 nov. 2022, p. 8 : « *Le reporting ESG évalue les risques financiers liés à la durabilité auxquels sont exposées les entreprises, mais omet de quantifier l'impact que les entreprises elles-mêmes ont sur le monde extérieur* ».

⁵⁵ V. not., A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, préc.

⁵⁶ G. Koenig, « La RSE ou le retour de l'ordre moral », *Les Echos*, 18 sept. 2019.

⁵⁷ M. Delmas-Marty et A. Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 18.

⁵⁸ *The Economist*, 23 juillet 2022.

⁵⁹ E. Auriol, « Notation ESG : un dispositif encore perfectible », *Les Echos*, 14 déc. 2022, p. 10.

⁶⁰ E. Auriol, préc.

⁶¹ J.-M. Moulin, « La gestion d'actifs à l'interface de l'information extra-financière » (cadre juridique interne de la finance durable) », *RD bancaire et fin.* 2022, n° 5, dossier 41.

⁶² V. not., B. Lecourt, « La "directive RSE 2" ("directive CSRD") : le nouveau visage de l'information en matière environnementale et sociale », *Rev. sociétés* 2022, p. 639 ; T. SAUPIN, « La comptabilité environnementale et l'Union européenne : de la publication d'informations non financières à la publication d'informations sur la durabilité », *RAE* 2022, n° 2, p. 255.

⁶³ B. Bartels, « Impact ou risque, la notation ESG doit changer de paradigme », AGEFI, 17 nov. 2022, p. 8.

En définitive, *compliance* et ESG sont les ombres portées de la RSE. Chacun de ces deux concepts entretient avec la RSE des liens étroits, sans pour autant se confondre. Des trois concepts, la RSE est premier : il est celui qui a la plus longue histoire, il est le seul à correspondre à la fois à un courant de pensée éthique, politique et philosophique. Conçu hors du droit, il y a fait son entrée voilà une vingtaine d'années et y a essaimé, en sorte que, dès 2004, on pouvait écrire : « *il existe une doctrine française de la responsabilité sociale des entreprises* »⁶⁴. Chemin faisant, l'évolution de la RSE est telle qu'il est aujourd'hui possible de soutenir qu'est en train d'émerger un droit de la RSE⁶⁵. Son devenir paraît cependant fragile, et parmi les périls qui le guettent, se trouve la confusion de la RSE avec les techniques de respect des normes par les entreprises (*compliance*) ou les critères d'évaluation des données en matière extra-financière (ESG).

En confondant l'outil de mesure avec la politique qu'il évalue, la procédure avec le courant matriciel qu'elle sert, on prend le risque d'affaiblir la portée et le sens de ce mouvement de fond. L'assimilation de la RSE à la *compliance* ou à l'ESG pourrait inciter les entreprises à appréhender la RSE dans une logique de pure conformité (« *box ticking* ») et à privilégier une logique comptable – dont elles savent souvent comment se jouer. Plus généralement, il en va de la préservation de la conception européenne et française de la RSE⁶⁶.

⁶⁴ V. not., M. Doucin, « Il existe une doctrine française de la responsabilité sociale des entreprises », *Droits fondamentaux* 2004, n° 4, p. 15.

⁶⁵ M. Tirel, « Prendre le droit de la RSE au sérieux », *BJS* 2022, n° 11, p. 41.

⁶⁶ V. not., C. Coupet, « La politique européenne de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE) en droit de l'Union européenne », *RAE* 2022, n° 2, p. 223. V. aussi, récemment, la proposition de résolution n° 223, tendant à faire de la responsabilité sociale et environnementale un atout pour les entreprises, enregistrée au Sénat le 3 janvier 2023, qui reconnaît que l'Europe est « *le continent le plus avancé* » en matière de normes extra-financières.