

La vigilance, pièce d'un puzzle européen

Perspective générale

Comme en reflet des travaux sur le devoir de vigilance, les contributions de ce dossier sur La société vigilante forment un ensemble contrasté. Il ne faut pas en conclure que certaines soient exactes et d'autres fausses : à travers la lecture de la loi dite Vigilance qui est faite par chaque auteur, c'est une vision du monde tel qu'il doit à l'avenir être qui est proposée. Ne nous étonnons pas : parce que le Droit de la compliance, imprégné de politique, prétend dessiner le futur, il est normal qu'en miroir chaque auteur, suivant sa conception du monde qui vient, dessine le Droit actuel d'une main qui s'incline dans un sens ou dans l'autre. Il faut donc lire l'ensemble comme un dialogue.



Propos conclusifs par :

Marie-Anne Frison-Roche,
professeure de Droit, directrice du *Journal of Regulation & Compliance*, directrice de l'École européenne de Droit de la Régulation et de la Compliance

1 - Dialogue certes vif, la loi de 2017 recevant de part et d'autre beaucoup de « gloire » et beaucoup d'« indignité », dont il faut sortir pour admettre tous que la loi, jugée bonne ou mauvaise, est de toutes les façons l'expression d'un mouvement de fond. Dès lors et quoi qu'on en pense, c'est l'ensemble des branches du Droit qui sont utilisées, affectées et transformées par la vigilance. Pour maîtriser cette transformation profonde, qui est incontestée, c'est vers l'Europe qu'il faut se tourner, vers le grand puzzle des textes récemment adoptés ou en cours d'adoption dans l'Union européenne, bâtiment dont la vigilance est la proue.

1. Sortir de tant d'indignité et de gloire pour admettre l'ampleur du mouvement que la loi vigilance traduit

2 - Des contributions soulignent les faiblesses de la loi de 2017 : elle serait mal écrite et très vague. Elle ne donne pas de définitions alors qu'elle vise des notions nouvelles, notamment celle de « parties prenantes » et se réfère tantôt à l'entreprise, tantôt à la société, les associés semblant devenir des parties prenantes comme les autres.

3 - Certains juristes en charge d'appliquer la loi ont l'impression de ne disposer que d'un discours politique sans portée normative, une sorte de « compliance washing » commis par le législateur lui-même, discours sans conséquence que l'entreprise pourrait reprendre sans coût mais qui pourrait se retourner contre elle, prise au mot par des associations qui affirment alors pouvoir demander des comptes au nom de tous, le plus désarmé étant le juge, puisque celui-ci a besoin d'une base technique pour rester dans la modestie d'application des textes où le place notre système juridique.

À l'inverse, d'autres contributions couvrent la loi de gloire, en ce qu'elle imposerait, enfin, une nouvelle conception de l'entreprise, vers laquelle convergeraient tous les espoirs parce qu'en elle s'exprimeraient toutes les vertus, l'entreprise voulant enfin notre bien et pouvant le réaliser.

Une voie médiane peut être de reconnaître que l'entreprise doit prendre une part accrue dans le sort de la collectivité, l'intérêt collectif trouvant enfin son chemin, part exprimée par les techniques de vigilance, sans qu'on puisse exiger de l'entreprise qu'elle sauve l'humanité.

4 - En cela, la loi de 2017 traduit un mouvement de fond auquel tous se réfèrent de trois façons. En première lieu, le mouvement est de grande ampleur, signe d'un changement de culture dans les entreprises. En deuxième lieu, le mouvement est irréversible. En troisième lieu, nous n'en sommes qu'au début.

2. Les disciplines touchées : la nécessité de les articuler

5 - Certaines disciplines ou branches semblent en affrontement, le Droit traditionnel étant comme assiégé, de l'intérieur mais aussi de l'extérieur, par exemple par les sciences du calcul et du mana-

Nda : Cet article est basé sur un document de travail bilingue, <https://mafr.fr/fr/article/la-vigilance-piece-dun-puzzle-europeen/>

gement, qui comptent les points, qui croisent les informations, qui certifient et gèrent la vigilance, s'appuyant sur la technologie des données.

6 - Mais aucune discipline ne peut se fermer ni « régner » seule. Il faut alors introduire une mesure entre elles, un équilibre, par exemple entre les lois spéciales et les droits communs. C'est ce même sens de la mesure qui doit prévaloir, le juge étant le plus à même de faire les équilibres entre les principes traditionnels et les techniques modernes, notamment pour que les libertés ne soient pas broyées par la volonté d'efficacité du système de vigilance et que la technologie demeure à sa place, celle d'un outil.

7 - Les branches du Droit sont plus ou moins activées : les sanctions toujours, le droit des contrats de plus en plus car les entreprises contractualisent leur obligation légale de vigilance, le droit des sociétés en ce qu'il s'agit d'insuffler une nouvelle gouvernance, bientôt le droit public car la vigilance des entreprises donneuses d'ordre fait tant penser à ce que les politistes et les économistes désignent comme « l'État bénévole », la puissance publique rappelant, notamment à travers les autorités de régulation et de supervision, qu'elle garde ce qui ressemble à un service public.

8 - La notion de vigilance est si prégnante que les branches du Droit qui prêtent main-forte pourraient bien en être transformées, le Droit international devenant transnational, le juge inventant un nouveau droit processuel puisqu'on le contraint à répondre à des questions nouvelles sans l'avoir précédemment armé pour le faire, tandis que la hiérarchie des normes se dérobe sous ses pieds. Le Droit de la compliance le met ainsi au centre d'un système juridique qui réarticule les branches du Droit pour produire des solutions efficaces au regard des enjeux systémiques futurs. La distinction entre le Droit public et le Droit privé s'estompe plus encore.

3. La clarté du puzzle européen, dont la vigilance est la figure de proue

9 - Beaucoup se plaignent de la « complexité » des textes, façon la plus aimable de formuler un reproche, et l'« incertitude » de leur application prochaine, façon la plus polie d'exprimer une méfiance à l'égard du juge, situation coûteuse et éprou-

vante. Mais si l'on regarde l'Europe, Droit qui recouvrira bientôt la loi de 2017 par la transposition de la directive en discussion, les principes en sont pourtant simples.

10 - Pour être saisie, la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* - CSDDD qui imposera un devoir de vigilance aux entreprises d'une certaine taille ayant une activité économique dans l'Union européenne, ne doit pas être séparée d'autres textes, car l'Union européenne avance selon un plan d'ensemble. C'est en le regardant pièce par pièce qu'il peut paraître dénué de sens et terriblement compliqué. Il faut au contraire le regarder comme un puzzle, dont chaque pièce s'ajuste, chaque texte partageant le même esprit, dont le droit souple produit par la Commission européenne a donné depuis longtemps le cadre et les figures majeures.

11 - Ainsi la directive du 14 décembre 2022 sur l'information en matière de durabilité, *Corporate Sustainability Reporting Directive* - CSRD est articulée à la CSDDD. Résolument en *Ex Ante* et ne concevant la « responsabilité » des entreprises que de cette façon-là, la directive de 2022 oblige les grandes entreprises à dresser un « rapport de durabilité » par lequel celles-ci exposent les diligences en matière environnementale et sociale aussi bien à travers leurs activités que dans leur gestion. La considération des droits humains et de l'environnement dans les chaînes de valeur est donc au cœur du texte, les intitulés des deux directives montrant leur nature gémellaire.

12 - En s'éloignant de ces deux textes frères, l'Union européenne par le *Digital Services Act* - DSA, adopté dans la foulée du *Digital Markets Act* - DMA, confie pareillement aux grandes entreprises numériques systémiques le pouvoir et l'obligation (c'est-à-dire le « devoir ») de contrôler en *Ex Ante* (et donc de détecter et de prévenir) les comportements systématiquement dommageables pour les droits humains, que sont la désinformation et les contenus haineux. C'est un devoir analogue de vigilance qui pèse sur ces opérateurs, devenus responsables parce que teneurs systémiques d'un espace numérique, que le DSA met en place.

13 - C'est donc avant tout la compréhension politique du projet européen, portée par une volonté humaniste qui exprime une souveraineté, qui donne sa juste et simple place à la vigilance : celle d'une pièce d'un grand plan, dont elle constitue la figure de proue. Comme pour l'ensemble du projet européen, les entreprises, notamment industrielles, y jouent le premier rôle.