

Editorial^(*)

Vigilance !

Philippe Malherbe⁽¹⁾

La fonction des entreprises, c'est de faire du profit. En effet, la théorie économique nous enseigne que le profit est la garantie et la preuve de l'allocation optimale des ressources, dont nous percevons chaque jour davantage la rareté et la finitude. Mais nous savons que la théorie économique ne nous parle parfaitement que d'un monde inexistant, celui où ses hypothèses de validité - concurrence parfaite et inexistence d'externalités - seraient satisfaites. Fi donc de la théorie économique.

Exit le profit des *shareholders* et introït les intérêts des *stakeholders* ! Le lundi, je défends les travailleurs; le mardi, je défends les droits de l'homme; le mercredi, je défends les consommateurs; le jeudi, je défends l'environnement; le vendredi, je défends les (petits) fournisseurs; le samedi, je me défends moi-même et le dimanche, je veille à être sur la photo.

Bien sûr, je ne suis plus responsable de rien puisqu'au pays des bisounours, il n'existe plus de pierre de touche de la responsabilité. Et bien sûr, je tire gloriole, à défaut de gloire, de tout ce qui va bien et je paie des communicants (non, pas des vases !) pour veiller à ce que tout paraisse aller bien. Vive la *corporate social responsibility* et le *green washing*. Mes seules boussoles, ce sont mon bon plaisir et l'air du temps, le tout aux frais des actionnaires, ces cochons de payeurs.

Foin de tout cela. Il faut en revenir à la maximisation du profit, cette fois sous contrainte de respecter le droit, où le droit mou et les pseudo-consultants certificateurs sont remplacés par une dure loi respectable

et *respectande*. La *soft law* ne s'impose qu'aux naïfs qui la respectent et est donc incapable de modifier substantiellement les comportements.

Vive donc, en principe, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937⁽²⁾ :

“1.1. La présente directive établit des règles concernant :

(a) les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie; et

(b) la responsabilité en cas de manquement aux obligations susmentionnées”.

La directive ciblerait au premier chef les entreprises européennes, ou étrangères avec une présence significative dans l'Union, de plus de 500 salariés et 150 millions d'euros de chiffre d'affaires.

Selon son article 4.8, les entreprises devraient faire

“preuve d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement tel que défini aux articles 5 à 11 (“devoir de vigilance”) en prenant les mesures suivantes :

* Prise de position personnelle de l'auteur.

1. Avocat au barreau de Bruxelles; professeur à l'Université catholique de Louvain.

2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=EN>; inspirée de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, inséré par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, en écho aux *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (Éditions OCDE, 2011, 102 p.).

- (a) intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques conformément à l'article 5;
- (b) recenser les incidences négatives réelles ou potentielles conformément à l'article 6;
- (c) prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur conformément aux articles 7 et 8;
- (d) établir et maintenir une procédure relative aux plaintes conformément à l'article 9;
- (e) contrôler l'efficacité de leur politique et de leurs mesures de vigilance conformément à l'article 10;
- (f) communiquer publiquement sur le devoir de vigilance conformément à l'article 11".

Outre les procédures de plaintes, ouvertes en vertu de l'article 9.30 (a) aux personnes qui sont touchées ou qui ont des motifs raisonnables de croire qu'elles pourraient être touchées par une incidence négative, (b) aux syndicats et aux autres représentants des travailleurs représentant les personnes travaillant dans la chaîne de valeur concernée et (c) aux organisations de la société civile actives dans les domaines liés à la chaîne de valeur concernée, un régime de responsabilité civile devra être prévu :

“Article 22.76 Les États membres veillent à ce que les entreprises soient tenues responsables des dommages occasionnés si :

- a) elles n'ont pas respecté les obligations prévues aux articles 7 et 8; et*
- b) à la suite de ce manquement, une incidence négative qui aurait dû être recensée, évitée, atténuée, supprimée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues aux articles 7 et 8 s'est produite et a entraîné des dommages”.*

Signalons que la locution “incidence négative” n'est pas définie⁽³⁾.

L'intention est louable, voire excellente, disons-le sans ambages. Déplorons cependant que la Commission ait fait si peu de cas de deux avis négatifs du comité d'examen de la réglementation, se soit bornée à une analyse d'impact (ou d'incidence négative) hors sol - elle n'a procédé à aucune étude du coût pour nos entreprises, ni du désavantage concurrentiel corrélatif vis-à-vis de leurs concurrents non soumis à de telles règles - et n'ait formulé aucune proposition d'action

internationale pour faire en sorte que des mesures de ce type s'appliquent également aux concurrents de nos entreprises.

Saluons sans déplaisir les nouvelles⁽⁴⁾ possibilités de recours et les nouvelles causes de responsabilité, qui feront le bonheur des professeurs, la terreur des étudiants, les insomnies des juges, la fortune des avocats et l'extase des consultants.

Mais reconnaissons d'un même souffle que le dogmatisme et la naïveté n'ont fait que se déplacer : quand comprendrons-nous qu'une nouvelle loi n'est bonne que si elle est portée tant par les idéalistes audacieux que par les réalistes circonspects ?

3. Pour une proposition de définition, voyez TUAC, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international - Guide à l'intention des syndicats*, 2013, p. 14 (https://tuac.org/wp-content/uploads/2017/12/TradeUnionGuide_French.pdf).

4. Voy. cependant C. VAN DAM, “Breakthrough in Parent Company Liability - Three Shell Defeats, the End of an Era and New Paradigms”, *ECFR*, 2021, n° 5, p. 715-747.