

mais elles ne devraient pas guider à elles seules le choix de la forme juridique.

### 3 – Formes sociales proposées

73. Une première forme serait la société de personnes, et elle pourrait être bâtie sur le modèle de l'actuelle SARL, avec une possibilité d'opter pour une responsabilité illimitée des associés. Une deuxième forme partirait du statut de l'actuelle SAS et elle reprendrait, à titre supplétif, le régime détaillé de la SA. Une troisième forme, réservée aux sociétés offrant leurs titres au public, serait soumise au droit détaillé de la SA. La société de personnes relèverait par principe de l'actuel régime fiscal des sociétés de personnes (soumission des associés à l'IR), tandis que les deux autres formes de sociétés relèveraient par principe du régime des sociétés de capitaux. Enfin, un dispositif de parts sociales privilégiées ou d'actions de préférence permettrait de donner plus de diversité aux organisations.

74. Le droit fiscal, le droit social et les autres branches du droit qui appréhendent l'entreprise à travers la société gagneraient incidemment à la réforme suggérée, car ces disciplines n'auraient plus à jongler avec la multitude actuelle des formes sociales. Des approximations sont faites aujourd'hui par des textes, comme celle opérée par l'actuel article L. 2312-72 du code du travail, qui dispose que : « Dans les sociétés, deux membres de la délégation du personnel du comité social et économique (...) assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas ». Ce texte appréhende initialement les « sociétés » dans leur ensemble, avant de s'intéresser uniquement au conseil d'administration et au conseil de surveillance, organes que l'on ne retrouve que dans une minorité de sociétés. Un régime limité à deux ou trois formes de sociétés aura, en plus de ses autres avantages, celui de permettre d'appréhender immédiatement l'ensemble de ces groupements, sans crainte d'en oublier.

## / Droit de la *compliance*

### La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la *compliance*

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit de la concurrence, de la régulation et de la *compliance* à Sciences po (Paris)

**L'essentiel >** Le droit doit aider à faire face au futur, lequel peut être totalement catastrophique en matière climatique et numérique. Le juge est le mieux placé pour cela, sans pour autant « gouverner », s'appuyant sur les engagements pris par les entreprises, les gouvernements et les législateurs. Sur le droit commun de la responsabilité, des décisions juridictionnelles obligent ces différentes entités à être cohérentes dans les engagements qu'elles ont pris, les obligeant à agir à l'avenir, la « conformité » à la réglementation ne pouvant suffire. Cette responsabilité *ex ante*, fondant les pouvoirs, constitue ainsi un pilier du droit de la *compliance*, montrant la part que la RSE et « l'entreprise à mission » y prend.

Le droit doit tourner sa force vers le futur, pour faire face aux enjeux numérique et climatique. Il paraît démuné. La loi et le contrat n'ont pas l'emprise requise, tandis que la responsabilité, tant qu'elle est globalement pensée *ex post*, n'est pas adéquate puisque l'enjeu est que le dommage n'arrive pas.

Il faut donc changer, poser l'avenir comme premier souci du droit et montrer que le juge, *via* le droit de la *compliance*, est le mieux placé pour veiller à ce que les États et les entreprises

en position de faire quelque chose le fassent, obligés par une responsabilité *ex ante*. Cela n'est en rien l'expression d'un gouvernement des juges mais le déplacement dans le temps de la responsabilité.

La mécanisation du monde justifia de passer de la responsabilité pour faute à la responsabilité du fait des choses. Les catastrophes systémiques totales futures virtuellement acquises justifient de passer de la responsabilité *ex post* à la responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la *compliance*.

## I – La priorité du futur, prise en charge par le juge

Aujourd'hui l'essentiel est dans le futur, pour qu'il ne soit pas ce que l'on craint qu'il devienne, la prévention active des catastrophes constituant un « but monumental »<sup>1</sup> par une action présente et continue, expressément par la notion juridique de « transition », dont l'énergie n'est qu'un exemple. Cette priorité du futur (A) suppose que les entités en position d'agir le fassent effectivement, leur responsabilité se concrétisant par des obligations d'agir. Le juge est le mieux placé pour juridiquement les y contraindre (B).

### A – La priorité du futur

Il faut développer un « droit de l'avenir »<sup>2</sup> impliquant de renouveler le droit classique si l'on refuse qu'à partir des projections sur le numérique et le climat le futur n'apparaisse comme un champ de ruines.

Les risques systémiques ont certes toujours existé, leur détection et prévention ayant justifié la création du droit de la *compliance*<sup>3</sup>, prolongement du droit de la régulation<sup>4</sup>. Mais il est aujourd'hui possible qu'un événement local sérieusement prévisible puisse avoir un effet d'anéantissement total de la planète.

Parallèlement, c'est la première fois que le monde physique est recouvert d'un espace numérique, géographiquement non ancré et dont l'absence de maîtrise peut également détruire les systèmes démocratiques, par la désinformation et les appels à la haine.

Le droit de la *compliance* est le mieux placé face à ces perspectives « négatives », droit *ex ante* ayant pour objet qu'un événement systématiquement catastrophique ne se réalise pas. L'Europe, en raison de ses racines humanistes<sup>5</sup>, a la première lié par la *compliance* la protection des êtres humains face à des informations qui les concernent en attribuant des droits à ceux-ci et des obligations aux entités, États ou entreprises, leur confiant la protection des individus soit en communiquant l'information, soit en la gardant secrète.

### B – Le juge, le mieux placé pour concevoir et appliquer la responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la *compliance*

Le législateur et l'exécutif exercent l'emprise sur le futur par des textes contraignants, mais l'expression *erga omnes* est trompeuse car leur volonté n'a de prise qu'à l'égard de ceux qui

relèvent du système juridique dans lequel ils se déploient. Or les enjeux systémiques à détecter et prévenir ont une dimension globale, requièrent des actions immédiates, une supervision permanente<sup>6</sup>, dans des espaces souvent sans géographie. Les États sont donc légitimes à viser des buts mais sont consubstantiellement trop faibles pour les atteindre.

L'on pense alors à se tourner vers les « petites lois » que sont les contrats internationaux des entreprises, qui ne sont pas bridées par le lien consubstantiel des États à un territoire, voire vers les engagements unilatéraux des entreprises, chartes diverses qui pourraient suffire à produire des effets de droit véritablement *erga omnes*, puisque leurs émetteurs sont eux-mêmes véritablement « globaux ». Mais manque ici la légitimité normative de la source, car il ne convient pas que les entreprises nous gouvernent du seul fait qu'elles sont globales et qu'elles voudraient notre bien.

Or ce qui manque aux uns et aux autres, c'est le juge qui peut l'apporter, par la voie de la responsabilité, branche du droit qui lui est naturelle, s'il fait passer celle-ci de l'*ex post* vers l'*ex ante*. C'est en cours et cela confortera les entités publiques et privées qui agissent dans ces espaces nouveaux, en les « responsabilisant » pour le futur.

## II – L'élaboration juridictionnelle de la responsabilité *ex ante*

Le juge peut se fonder sur un engagement, si son auteur y a manqué, la réparation consistant à l'exécuter (A). Plus directement il peut s'appuyer sur la connaissance qu'on lui apporte de l'avenir et les droits ainsi engendrés pour imputer une responsabilité *ex ante* (B). Émerge alors l'idée que l'on pourrait faire peser le poids de la responsabilité pour le futur à une entité parce qu'elle est en position d'endurer cette charge, *compliance* et responsabilité *ex ante* convergeant (C).

### A – Prendre au sérieux les engagements spontanément pris par les entités publiques et privés d'agir pour le futur

Les juridictions attachent des responsabilités au fait que les entités ont fait des déclarations ou se sont engagées et les condamnent à faire ce qu'elles ont dit.

Par la décision *Grande Synthèse* du 1<sup>er</sup> juillet 2021, le Conseil d'État annule un refus implicite opposé par le pouvoir réglementaire d'agir alors qu'il y est contraint par le règlement

(1) M.-A. Frison-Roche (dir.), Les buts monumentaux de la *compliance*, coll. Régulations & Compliance, *Journal of Regulation & Compliance* (JoRC) et Dalloz, 2021. (2) P. Godé, Le droit de l'avenir (un droit en devenir), in Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, Éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 61-78. (3) M.-A. Frison-Roche, *Compliance* : avant, maintenant, après, in N. Borge, J.-Cl. Marin et J.-Cl. Roda (dir.), *Compliance* : l'entreprise, le régulateur et le juge, coll. Régulations & Compliance, JoRC et Dalloz, 2017, p. 23-36. (4) M.-A. Frison-Roche, Du droit de la régulation au droit de la *compliance*, in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, coll. Régulations & Compliance, JoRC et Dalloz, 2017, p. 1-14. (5) M.-A. Frison-Roche, Un droit substantiel de la *compliance*, appuyé sur la tradition européenne humaniste, in M.-A. Frison-Roche (dir.), Pour une Europe de la *compliance*, coll. Régulation & Compliance, JoRC et Dalloz, 2019, p. 13-35. (6) M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, préc.

européen du 30 mai 2018 et l'article L. 100-8 du code de l'énergie qui ont expressément formulé une « trajectoire de réduction des émissions des gaz à effet de serre ». L'absence de décision à la date d'examen montrant que la trajectoire pourtant juridiquement adoptée était d'ores et déjà méconnue justifia la condamnation de l'État, sa responsabilité prenant la forme d'une obligation d'agir. Cette décision n'est pas la marque d'un « gouvernement des juges » en ce qu'elle se fonde sur un engagement de l'État *via* sa législation.

Le droit de la responsabilité a pareillement fondé la condamnation par le jugement du tribunal de La Haye du 26 mai 2021 de *Shell*. Le tribunal écarte la multiplicité des personnes morales, qui sont transparentes aussi bien en droit de la responsabilité que de la *compliance*<sup>7</sup>, rendant le groupe responsable de ses « intentions publiques » qui dessinent une stratégie globale d'entreprise de lutte contre le déséquilibre climatique, dont la « responsabilité » est portée par le président, lui reprochant d'être incohérent par rapport à d'autres affirmations du même groupe qui contredisent cette stratégie.

À partir du droit général de la responsabilité du code civil néerlandais, les notions d'engagement et de cohérence fondent le jugement. Rapprochées classiquement davantage de l'éthique que du droit, ces notions sont aujourd'hui portées par l'économie de la régulation et reposent sur l'idée que celui qui est assez puissant pour engager les autres dans le futur doit pouvoir être contraint d'être tenu par ses promesses et son discours. Comme l'a parfaitement exprimé Alain Supiot, cela consiste à « prendre la responsabilité au sérieux »<sup>8</sup>.

Le tribunal reconnaît, en outre, que cette responsabilité est partagée entre les États et l'entreprise, car celle-ci ne peut prétendre simplement « se conformer » à la réglementation, soulignant l'opposition entre la « conformité » et le droit de la *compliance*<sup>9</sup>, notamment dans ses liens avec la responsabilité et l'éthique<sup>10</sup>.

Les juges n'obligent en rien l'État et les entreprises à s'engager, en cela ils ne « gouvernent » pas. Mais, en prenant au sérieux ce qu'ils disent, ils les contraignent à une obligation de sérieux, c'est-à-dire à faire. Parler sérieusement, ne pas être incohérent, devient ainsi une nouvelle sorte de devoir. Si l'on considère qu'il y a de la raison dans le droit, qui peut être contre ?

## B – La connaissance du futur catastrophique, fondement pour placer la responsabilité *ex ante*

Geneviève Viney souligne que la responsabilité se définit comme ce qui répond à un « trouble »<sup>11</sup>. Si le juge connaît par

avance le trouble qui se déroulera à l'avenir, puisque la détection en a été faite par la science, le droit subjectif processuel de demander au juge d'intervenir est d'ores et déjà présent, par le mécanisme juridique plus général de la « virtualité ».

Ce raisonnement fut suivi par l'arrêt du Tribunal constitutionnel allemand du 29 avril 2021, qualifié à juste titre par Corinne Lepage de « révolution juridique »<sup>12</sup>, le juge examinant la conformité à la Constitution allemande de la loi votée pour lutter contre le changement climatique.

Reproche était fait au législateur de n'avoir prévu d'action que jusqu'en 2030, laissant aux parlementaires du temps futur le soin de prendre à ce moment-là les dispositions appropriées. Les demandeurs soutenaient que si le législateur choisissait alors de ne rien faire, il violait le droit fondamental à la vie des générations futures. L'État soutenait que ce droit ne pouvait être évoqué aujourd'hui puisque ces générations n'étant pas présentes, manquaient les titulaires du droit à agir.

Le Tribunal affirma que les travaux scientifiques étaient à ce point crédibles que s'il était possible pour le législateur futur de ne rien faire, alors il était d'ores et déjà acquis que beaucoup de personnes futures mourront. Il conclut qu'un législateur ne peut adopter une loi dont l'objet est la lutte contre le changement climatique en laissant la possibilité pour celui qui disposera du futur en 2030 d'éventuellement ne rien faire. Cela est incohérent et le législateur (pas plus et pas moins qu'une entreprise) n'a pas le pouvoir d'être incohérent.

Une telle décision n'est pas l'expression d'un « gouvernement des juges » mais l'affirmation d'une obligation de cohérence faite au législateur, dans une juste opposition entre le droit et l'arbitraire.

## C – La position de l'entité, fondement bientôt suffisant pour déclencher la responsabilité *ex ante*

Le droit de la responsabilité n'a pas encore franchi le Rubicon, consistant à ne plus même rechercher encore dans le passé un engagement pour faire peser une responsabilité *ex ante* pour le futur.

Deux phénomènes montrent que cela est pourtant en marche.

Tout d'abord, les entreprises elles-mêmes se sont « responsabilisées », dans l'articulation entre leurs engagements dits « sociétaux » et la *compliance*, lesquels englobent le climat et l'effectivité des droits humains. Désormais, comme dans le

(7) M.-A. Frison-Roche, *Compliance et personnalité*, D. 2019. 604-606. (8) A. Supiot, Introduction, in M. Delmas-Marty et A. Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 9-35. (9) M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la compliance*, D. 2016. 1871. (10) M.-A. Frison-Roche, *Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance*, in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, préc. (11) G. Viney, *Responsabilité*, in *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, vol. 35, 1990, p. 275-292. (12) C. Lepage, *La portée universelle de la décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 29 avril 2021*, *Actu-environnement* 4 mai 2021.

jugement *Shell*, ce sont les entreprises qui se déclarent responsables pour le futur, notamment à travers la forme juridique d'entreprise à mission. Elles rendront donc davantage de comptes à davantage de personnes. Cette « responsabilisation » peut concerner tous les secteurs.

Ensuite, ce franchissement a d'ores et déjà été opéré par les secteurs les plus matures en droit de la *compliance*. En effet, lorsque le droit de la *compliance* fait peser sur les banques des obligations de détecter et de prévenir des comportements de blanchiment d'argent, ce n'est ni parce qu'elles en seraient, même potentiellement, les complices, ni parce qu'elles auraient pris des engagements de participer à cette lutte : c'est parce qu'elles sont en position de le faire efficacement.

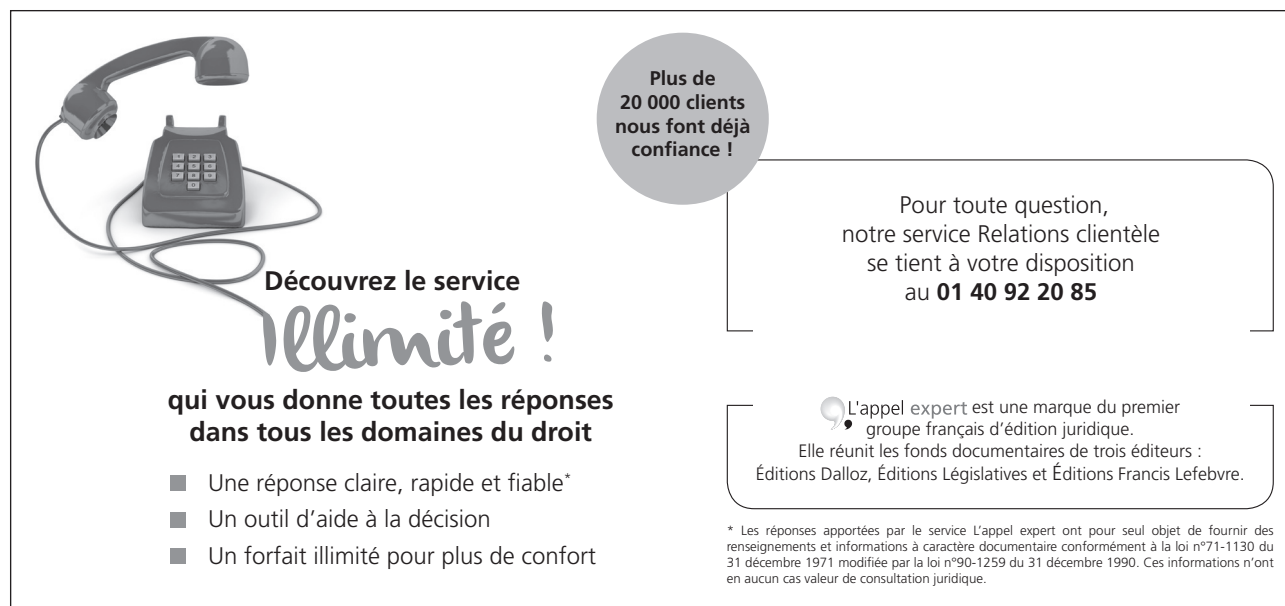
Enfin, ce franchissement est en train de s'opérer pour des obligations spécifiques du droit de la *compliance*, comme le

devoir de vigilance, pour lequel la loi centralise désormais le contentieux devant le tribunal judiciaire de Paris, et dont la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017<sup>13</sup> a souligné qu'il était du pouvoir de la loi d'associer à ce devoir une responsabilité personnelle. La directive européenne lie ce devoir de vigilance à l'impératif de l'éthique et à la durabilité de l'économie.

Cette conception d'une responsabilité *ex ante* est en train de se généraliser dans l'espace numérique, obligeant les opérateurs numériques à faire quelque chose au regard des contenus dont ils ne sont pourtant pas l'éditeur, pour que la désinformation et la haine ne détruisent pas la société tout entière.

L'avenir est donc dans la responsabilité *ex ante*, qui constitue une charge mais aussi justifie les pouvoirs des autorités publiques et des entreprises sur lesquelles elle repose.

(13) Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, D. 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée ; Constitutions 2017. 234, chron. P. Bachschmidt, et 291, chron. B. Mathieu.



**Plus de 20 000 clients nous font déjà confiance !**

**Découvrez le service illimité !**

**qui vous donne toutes les réponses dans tous les domaines du droit**

- Une réponse claire, rapide et fiable\*
- Un outil d'aide à la décision
- Un forfait illimité pour plus de confort

Pour toute question, notre service Relations clientèle se tient à votre disposition au **01 40 92 20 85**

L'appel expert est une marque du premier groupe français d'édition juridique. Elle réunit les fonds documentaires de trois éditeurs : Éditions Dalloz, Éditions Législatives et Éditions Francis Lefebvre.

\* Les réponses apportées par le service L'appel expert ont pour seul objet de fournir des renseignements et informations à caractère documentaire conformément à la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n°90-1259 du 31 décembre 1990. Ces informations n'ont en aucun cas valeur de consultation juridique.