

Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance ¹

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit de la régulation et de la compliance à Sciences Po

L'essentiel > L'action de cartographier les risques n'est pas pour l'instant définie par le droit. Elle n'est que décrite à l'occasion de lois spéciales. Alors qu'elle est centrale pour prévenir en *ex ante* la survenance des crises ou de comportements dont on exclut la survenance, aucun régime juridique n'est disponible, faute d'une définition juridique. Cette définition est ici proposée en cinq étapes, partant des lois spéciales et des cas particuliers pour aller vers une conception générale. La cartographie des risques apparaît alors comme un souci d'autrui pris en charge de gré ou de force par des opérateurs cruciaux, à travers un nouveau droit subjectif : le « droit d'être alarmé », la carte devenant le pendant structurel du personnage du lanceur d'alerte. Deux dispositifs du droit de la compliance.

La cartographie des risques est centrale dans les mécanismes de compliance. C'est en repérant par avance les risques de méconnaissance de ses obligations que l'entreprise peut en *ex ante* faire en sorte que celles-ci ne soient pas violées. Ainsi l'*ex post* des sanctions n'arrive jamais, le droit est toujours effectif, le droit de la compliance conçu pour ne se développer qu'en *ex ante* est pleinement concrétisé. Tout repose donc sur une cartographie effective et réussie. Dans la pratique, celle-ci est essentielle, non seulement dans le secteur bancaire et financier mais dans toutes les entreprises exposées à l'obligation de compliance.

Pourtant, d'une façon très surprenante, la cartographie des risques n'est que très peu visée par le droit. Certes l'on peut soutenir qu'elle le fut depuis toujours à travers le bilan, par exemple, si l'on nomme de cette façon-là tous les mécanismes de prudence ou d'information sur le futur que recèlent aussi bien le droit des contrats que le droit des sociétés. Mais, en tant que telle, avec ses exigences propres d'analyse des risques et de hiérarchisation de ceux-ci, associées à l'obligation de prévenir les risques ainsi détectés, la cartographie des risques n'apparaît en droit français qu'à travers deux lois spéciales : la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 et la loi dite « Vigilance » du 23 avril 2017. Hors de ce champ et parce que ces lois n'en opèrent qu'une description et non pas une définition, en fournissent encore moins une notion, l'on ne sait quel régime juridique appliquer à l'action de cartographier les risques.

Il est donc utile, voire impérieux, de cerner la notion juridique de l'action de cartographier les risques. Il faut le faire car des documents officiels comme les sites des ministères la

visent expressément comme une modalité de la responsabilité sociétale des entreprises, présentant comme un engagement éthique et sans contrainte les mécanismes de la loi « Sapin 2 ». Ainsi le droit pénal serait conçu comme l'application du droit souple ; l'on mesure donc le besoin de remettre de l'ordre, la confusion juridique participant à l'inquiétude des différents acteurs concernés.

La construction de la notion juridique de la cartographie des risques doit partir de ce qui est encore le terrain le plus certain, à savoir ces deux lois spéciales, pour aller vers des terrains juridiques moins assurés, comme la doctrine des autorités ou les engagements des entreprises, voire les certifications ISO obtenues en la matière. Quelques décisions de justice ont dû trouver des solutions dans des disciplines diverses pour résoudre des cas où des cartes de risques ont été élaborées, de gré ou de force, par les entreprises, voire par des administrations. Cela est très utile parce qu'au-delà de ces deux lois si spéciales, l'on peut en déduire un régime juridique général.

La méthode ici proposée est en cinq étapes. La première, prenant directement appui sur les deux lois disponibles, appréhende l'action de cartographier lorsqu'elle vient en exécution d'une obligation légale spéciale. La deuxième étape vise l'action de cartographier les risques comme un fait de bonne gestion d'une entreprise, alors qu'elle n'y est pas contrainte, ce qui peut constituer un engagement volontaire. La troisième étape vise l'action de cartographie menée par une entité non plus comme un acte de soumission, y compris à sa propre volonté, mais comme un acte de pouvoir sur autrui. La quatrième étape consiste à regarder non plus vers l'entité qui répertorie les

(1) Cet article s'appuie sur un document de travail doté de développements supplémentaires, de références techniques et de liens hypertextes. Il est accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/en-quoi-la-cartographie-des-risques-est-elle-un-ou/>.

risques, mais vers ceux qui les courent et dont ils doivent être avertis. Peut alors se mettre en place, dans une cinquième étape, un régime général et cohérent d'une cartographie des risques qui a pour objet, s'agissant des tiers qui courent un risque, soit de les en préserver soit de les mettre en position de mesurer celui-ci et de le courir néanmoins, car le droit de la compliance est un droit dynamique, relationnel et libéral. Ce qu'aucun algorithme ne peut concevoir ni mettre en œuvre.

I – L'action de cartographeur, exécution d'une obligation légale spéciale

L'article 17 de la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 oblige les dirigeants des entreprises d'une certaine taille à « prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence ». Pour ce faire, la loi vise parmi les « modalités » une « cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ». La situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires sera soumise à une « procédure d'évaluation ... au regard de la cartographie des risques ». L'article 1^{er} de la loi du 27 mars 2017 dite « Vigilance » oblige d'une façon analogue les maisons-mères et entreprises donneuses d'ordre à bâtir un « plan de vigilance » comprenant « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation » ainsi que « des procédures d'évaluation ... ».

Parce que la première loi vise la lutte contre des faits très graves (corruption, trafic d'influence), des sanctions sont associées aux manquements et l'on a pu voir dans ces sanctions attachées à des obligations *ex ante* de compliance, notamment la cartographie des risques, une marque de droit répressif structurel. Ce qui est vrai pour cette loi doit l'être pour les textes analogues qui visent la lutte contre le blanchiment d'argent, qui ont des rédactions, des buts et un esprit semblables.

Or la décision rendue par la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA) le 4 juillet 2019 est essentielle car elle dessine le jeu probatoire nouveau issu de ce droit répressif *ex ante*. Elle pose que l'entreprise supporte la charge de prouver qu'elle a adopté une cartographie effective, analysée et hiérarchisée et qu'elle est libre de la construire comme elle le veut, n'étant pas liée par les recommandations de l'Autorité, dont le directeur général est par ailleurs l'autorité de poursuite s'il considère qu'il y a manquement. Mais si l'entreprise suit exactement les recommandations de l'AFA, elle se constitue une présomption simple de conformité. Si l'autorité de poursuite veut néanmoins obtenir sa condamnation, il lui faudra alléguer d'autres faits probants.

Ce dessin probatoire, qui remplace les discussions autour de la qualification « obligation de moyens/obligation de résultat »,

peut être transposé pour les autres obligations structurelles de compliance issues d'autres textes.

II – L'action de cartographeur, fait de bonne gestion, pris paradoxalement en considération par le droit

Toute entreprise a intérêt à mesurer maintenant ses risques pour qu'ils ne dégénèrent pas en crises pour elle demain. Toutes les organisations le font, depuis toujours. Mais le droit se referme comme un piège car les Autorités vont considérer qu'un risque identifié doit donc être détruit, sauf pour l'entreprise à répondre de son inertie par sa responsabilité *ex post*. Ce raisonnement logique a été adopté par des autorités européennes de la concurrence car le risque repéré d'un comportement anticoncurrentiel et non paré est une circonstance aggravante lorsque celui-ci advient.

Mais le droit de la compliance repose aussi sur les incitations. Or le message ainsi envoyé conduit à cesser toute cartographie en dehors des lois spéciales et contraignantes... C'est pourquoi les autorités américaines, plus sensibles à cet argument, ont, en cas de violation de la loi et au contraire, par exemple un abus de marché, transformé en circonstance atténuante la mise en place non contrainte d'une cartographie des risques de violation de la loi par l'entreprise pour tenter de les entraver. À condition de contrôler l'effectivité de celle-ci, charge de preuve qui demeure sur l'entreprise.

III – L'action de cartographeur, acte juridique unilatéral concrétisant la responsabilité *ex ante* de l'entreprise

Une entreprise peut ne pas se soucier que de ses intérêts, elle peut se soucier d'autrui. Elle est alors « responsable », ici et maintenant, pour le lointain et pour demain. Ce qui est désigné comme la « responsabilité sociétale » correspond à une responsabilité *ex ante*.

Même si le système juridique français peine à reconnaître la notion d'engagement juridique unilatéral, les textes de droit financier sur l'information des marchés visent précisément des obligations d'informer sur les risques, notamment lorsqu'il y a des prises de contrôle et, d'une façon plus générale, à propos des « informations non-financières ».

L'intégration de normes ISO, notamment en matière environnementale, le droit de la compliance étant aujourd'hui lié aux « buts monumentaux » du droit de l'environnement, dans les documents émis par les entreprises, ces normes ayant une valeur liante, peuvent conduire à poser que l'entreprise s'engage alors en droit.

Si l'on quitte le terrain *ex post* de la responsabilité pour aller vers celui de l'*ex ante*, la question est alors de savoir envers qui l'entreprise s'engage. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 mars 2018, *Huis-Clos*,

est éclairant. L'entreprise critiquait la sanction infligée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour dissimulation d'une information aux investisseurs, alors qu'ils pouvaient la trouver dans sa cartographie des risques. La Cour affirme que l'entreprise ne devait pas fournir que les données brutes mais encore l'analyse, c'est-à-dire l'alarme sur le futur. Cela ne fut pas fait, la sanction était ainsi méritée.

Il existerait donc un droit subjectif des tiers à être « alarmés », à « être inquiétés » par ceux qui connaissent les risques que ceux-ci courent. Cela va au-delà de l'intelligibilité. Cette conception n'est pas limitée aux marchés financiers. En effet dans le jugement rendu le 15 juillet 2019 contre le laboratoire pharmaceutique *Johnson & Johnson*, la Cour de l'État d'Oklahoma a condamné celui-ci pour n'avoir pas alarmé les personnes pour les effets nocifs des opiacés que celles-ci ont consommés massivement pendant des années. Alors que le laboratoire ne les leur avait ni prescrits, ni vendus. Mais il aurait dû les alarmer. C'est le même raisonnement, car la posologie fournie est une sorte de cartographie des risques à l'usage du patient-tiers.

Est ainsi en train de naître une sorte de « droit subjectif à être alarmé ». Alors même que celui qui a le savoir n'a pas de rapport juridique avec celui qui court le risque.

IV – L'action de cartographe, pouvoir implicitement conféré pour atteindre le but fixé

La cartographie des risques apparaît ainsi avant tout comme un rapport avec les tiers. Un rapport établi de gré ou de force pour atteindre un but, soit fixé par l'entreprise qui se soucie des tiers (RSE) soit fixé par la loi (bon usage des médicaments, « Sapin 2 », « Vigilance »).

Pour cela, la cartographie n'étant qu'une « modalité », le but justifie que la cartographie serve le tiers ainsi protégé par ce qu'il conviendra d'appeler en droit « l'information alarmante », mais aussi que l'entité qui construit l'outil puisse l'utiliser comme pouvoir sur les tiers afin d'atteindre le but.

Cela ressort d'une décision du Conseil d'État du 17 mars 2017, *COFOR*, qui valide la portée légitimement contraignante d'une cartographie des risques élaborée par le ministère de l'écologie et créant des obligations sur des municipalités forestières, parce que le but de prévenir les incendies de forêts le justifie.

Ce raisonnement téléologique propre au droit de la compliance peut être repris dans tous les autres cas de figure.

V – Conclusion : titularité pour ceux qui courent un risque du droit subjectif d'« être alarmé » par les opérateurs cruciaux qui ont en charge de structurer en ex ante son repérage afin de permettre aux premiers d'agir en connaissance de cause

Le droit de la compliance, prolongement du droit de la régulation, est un droit libéral qui met la personne au cœur des marchés, en la protégeant tout en la laissant libre. Par la conception que le droit en a, la cartographie des risques exprime, au-delà de la bonne gestion, le souci d'un intérêt externe à l'entité qui la dessine.

Mais cette prise en charge en *ex ante* réalisée de force (« Sapin 2 », « Vigilance », obligation d'information du marché financier) ou de gré (responsabilité sociétale, engagement éthique, adoption spontanée de normes a-financières) ne porte que sur l'information, sa constitution, son intelligibilité et sa hiérarchisation, tout en créant une nouvelle forme d'information : l'alarme.

À ce droit subjectif particulier fait miroir ce nouveau personnage du droit de la compliance : le lanceur d'alerte. Car lui-aussi donne l'alarme. Le lanceur d'alerte est en personnage ce que la cartographie des risques est en structure.

Ensuite c'est aux acteurs exposés aux risques, ainsi mis en mesure de comprendre en *ex ante* l'ampleur en ce qui les concerne, soit l'entité elle-même, soit les tiers, de choisir de les courir ou non.