

THEORIE JURIDIQUE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES

Marie-Anne Frison-Roche



Journal of Regulation
& Compliance



✉ Abonnez-vous à une des newsletters

NEWS

PRÉSENTATION

CV SYNTHÉTIQUE

CV COMPLET

CVS THÉMATIQUES

CV ANTÉCHRONOLOGIQUE

PUBLICATIONS

RESPONSABILITÉS ÉDITORIALES

ORGANISATION DE MANIFESTATIONS
SCIENTIFIQUES

CONFÉRENCES

BLOG

ENSEIGNEMENTS

INTERVIEWS

ACCUEIL » PUBLICATIONS TWEETER



27 NOVEMBRE 2019

PUBLICATIONS



EN QUOI LA "CARTOGRAPHIE DES RISQUES" EST-ELLE UN "OUTIL" NOUVEAU DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE ? THÉORIE JURIDIQUE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES

© mafr

par Marie-Anne Frison-Roche

To read this working paper in English, click on the British flag



Ce document de travail sert de base à une intervention dans la conférence organisée dans le cycle de conférences organisé par le Journal of Regulation & Compliance (JoRC) autour du thème : *Les outils de la Compliance*, en collaboration avec de nombreux partenaires universitaires : cette première conférence est organisée en

Le constat :

- Le Droit ne connaît **pas d'une façon générale** la « cartographie des risques », alors qu'elle est **familière d'une façon générale** à l'entreprise et aux organisations publiques
- Irruption dans le système juridique par l'article 17 de la loi dite « Sapin 2 », relayée par la loi dite « Vigilance »

**L'inquiétude :
impression d'une certaine confusion**

La responsabilité sociétale des entreprises

[Partager](#)[Tweeter](#)[inPublier](#)[Imprimer](#)

Le Jeudi 7 février 2019

La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) est un « concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire ».

En adoptant des pratiques plus éthiques et plus durables dans leur mode de fonctionnement, elles doivent ainsi pouvoir contribuer à l'amélioration de la société et à la protection de l'environnement. Énoncé plus clairement c'est « la contribution des entreprises aux enjeux du développement durable ».

Qu'est que la responsabilité sociétale des entreprises ?

Quel est le cadre réglementaire de la responsabilité sociétale des entreprises ?

Une plateforme pour promouvoir la responsabilité sociétale des entreprises

L'expérimentation de labels sectoriels

Le référentiel de responsabilité sociétale des entreprises en logistique

La France a transposé la directive européenne relative au rapportage extra-financier par une ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises et son décret d'application du 9 août 2017. La nouvelle déclaration de performance extra-financière remplace le rapport responsabilité sociétale des entreprises et devient un outil de pilotage de la stratégie de l'entreprise. Ces textes constituent le



Ministère de la Transition
écologique et solidaire

Actualités

Politiques publiques

Ministère

Qu'est que la responsabilité
sociétale des entreprises ?


Quel est le cadre
réglementaire de la
responsabilité sociétale des
entreprises ?


Une plateforme pour
promouvoir la responsabilité
sociétale des entreprises


L'expérimentation de labels
sectoriels


Le référentiel de
responsabilité sociétale des
entreprises en logistique

D'autres textes viennent renforcer les obligations en matière de responsabilité sociétale des entreprises comme la loi du 9 novembre 2016 en matière de lutte contre la corruption et la loi 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Ce texte vise à remettre le respect des droits humains au cœur des préoccupations des multinationales. Ces dernières doivent établir et publier un plan de vigilance pour prévenir les risques en matière d'environnement, de droits humains mais aussi de corruption sur leurs propres activités mais aussi celles de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, en France comme à l'étranger.

 Décret du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises (www.legifrance.gouv.fr)

 Ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises (www.legifrance.gouv.fr)

 Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (www.legifrance.gouv.fr)

 Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (www.legifrance.gouv.fr)

Ce qui apparaît:

- Du droit « dur » comme « modalité » d'application d'une norme « souple » d'engagement éthique
 - Du droit pénal (loi dite « Sapin 2 ») comme « modalité » d'application d'un engagement d'information et d'une responsabilité éthique
 - Du droit de la responsabilité civile (loi dite « Vigilance ») comme « modalité » d'une responsabilité sociétale
- Pour l'instant, il n'existe pas de notion juridique de la cartographie des risques

Ce sur quoi l'on peut s'appuyer :

- Deux lois spéciales : Loi dite « Sapin 2 » (2016) et loi dite « Vigilance » (2017) Enjeu : déduire l'interprétation de l'obligation légale de cartographe engendrée par ces lois spéciales

La question ouverte : quid lorsqu'aucune loi spéciale n'est intervenue ?

- Est-ce un fait de bonne gestion ou de bonne volonté, et quelles conséquences juridiques ?
- Existe-t-il une obligation générale de « cartographe » ? De même nature que celle de Sapin 2 et Vigilance ? Et avec quelles conséquences juridiques ?

Ce sur quoi l'on peut s'appuyer pour définir juridiquement la
cartographie des risques, base des systèmes techniques de
Compliance

Deux lois spéciales

Loi dite « Sapin 2 » (2016)

loi dite « Vigilance » (2017)

Loi du 27 mars 2017 décembre 2016 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprise donneuses d'ordre

Titre 1^{er} : *de la lutte contre les manquements à la probité*

....**Article 17.**

- I. Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de société dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II.
- II. Les personnes mentionnées au I mettent en œuvre les mesures et procédures suivantes:
- 3° 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 ;**
- 4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ;**

Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

Article 1^{er} insérant un **article L.225-102-4 du Code de commerce**, prévoyant notamment :

- Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.
- Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

Ce sur quoi l'on peut
s'appuyer

Deux lois spéciales

Loi dite « Sapin 2 »
(2016)

loi dite « Vigilance »
(2017)

Ce que l'on peut se demander

1. Quid de la contrainte lorsque l'entreprise cartographie les risques en obéissant à ces lois spéciales ?

2. Quid de la contrainte lorsqu'elle cartographie les risques alors qu'elle n'y est pas obligée par ces lois spéciales ?

1. L'action de cartographier, exécution d'une obligation légale spéciale
2. L'action de cartographier, fait de bonne gestion pris en considération par le Droit
3. L'action de cartographier comme « acte juridique unilatéral » à travers la responsabilité sociétale de l'entreprise
4. L'action de cartographier, obligation générale issue du Droit de la Compliance lorsqu'un « but monumental » l'exige, donnant les pouvoirs requis pour cartographier
5. Proposition : l'exigence d'un « droit subjectif des tiers à être inquiété » pour agir par eux-même en connaissance de cause

- I. L'acte de cartographe, exécution d'une obligation légale spéciale
2. L'acte de cartographe, fait de bonne gestion pris en considération par le Droit
3. L'acte de cartographe, obligation générale issue du Droit de la Compliance lorsqu'un « but monumental » l'exige, donnant les pouvoirs requis pour cartographe
4. Proposition : l'exigence d'un « droit subjectif des tiers à être inquiété » pour agir en connaissance de cause

I. L'acte de cartographe, exécution d'une obligation légale spéciale

- A propos de la loi dit « Sapin 2 » : **Décision de la Commission des sanctions de l'Agence Française Anticorruption (AFA), 4 juillet 2019**

AFA = Autorité de contrôle et de sanction

- Liée par le système constitutionnel associé à la répression
- Le Directeur général demande l'adoption de « modalités », dont une cartographie, n'est pas satisfait, demande une sanction
- Refus
 - L'entreprise supporte la charge de démontrer qu'elle a adopté une carte, analysée et hiérarchisée
 - Les recommandations et lignes directrices de l'Agence ne sont pas obligatoires
 - Mais l'entreprise qui les suit ne peut ensuite être sanctionnée
- La distinction obligation de résultat/obligation de moyens ne s'applique pas

I. L'acte de cartographe, exécution d'une obligation légale spéciale

- A propos de la loi dit « Vigilance » : **Décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2017, loi dite Vigilance**
 - Appréciation de l'outil au regard de son usage
 - But : protéger non pas la règle de droit, ni l'entreprise, mais la nature et les êtres humains lointains
 - Possibilité d'insérer dans le Droit une « responsabilité pour autrui » en Ex Ante
 - Possibilité d'y associer une responsabilité Ex Post de nature civile
 - **Le Droit de la Compliance s'articule avec le principe de la libre entreprise**
 - Impossibilité d'y associer une responsabilité relevant de la « matière pénale » (amende civile)
 - Le principe reste là-aussi la liberté de l'entreprise

II. L'acte de cartographier comme fait de bonne gestion pris en considération par le Droit

Le paradoxe juridique....: Repérer spontanément le risque, c'est devoir en répondre juridiquement = incitation à ne pas repérer le risque

- Non-obligation légale de repérer des risques de comportements anticoncurrentiels ou d'abus de marché
- Position opposée des Autorités américaines et européenne :
 - Lignes directrices du *DoJ* ;
 - position de la CJUE
- Rationalité de faire de cet acte rationnel de gestion un fait constitutif d'une circonstance atténuante
- Jurisprudence de la CJUE susceptible d'évoluer

III. L'hypothèse de l'action de cartographeur comme acte juridique unilatéral à travers la responsabilité sociétale de l'entreprise

Hypothèse où l'entreprise affirme qu'elle s'engage alors que :

- Elle n'est pas « sujet de droit » des lois Sapin 2 et Vigilance
- Que les buts sont différents

Que l'Entreprise non obligée :

- communique sur ses engagements sociétaux : **Directive du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non-financières**
- **Suit la norme ISO 26000**
- Qu'elle bénéficie des effets positifs de ses engagements : notation éthique
- Cette prise de « responsabilité en Ex Ante » doit correspondre à la catégorie d'un « engagement juridique unilatéral »

III. L'hypothèse de l'action de cartographier comme acte juridique unilatéral à travers la responsabilité sociétale de l'entreprise

- Cette prise de « responsabilité en Ex Ante » doit correspondre à la catégorie d'un « engagement juridique unilatéral »
- QUI EN EST LE CREANCIER ?

Celui qui est « concerné par le risque cartographié »

- Investisseur, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de marché qui réside dans l'entreprise
 - *Com.*, 7 mars 2018, *Huit-Clos*
- Patient, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de santé dans l'usage qu'il peut faire du médicament
 - Définition de l'obligation de Compliance pesant sur les laboratoires (posologie) : Oklahoma Court, *Johnson&Johnson*, 15 juillet 2019

III. L'hypothèse de l'action de cartographier comme acte juridique unilatéral à travers la responsabilité sociétale de l'entreprise

- Cette prise de « responsabilité en Ex Ante » doit correspondre à la catégorie d'un « engagement juridique unilatéral »
- QUI EN EST LE CREANCIER ?

Celui qui est « concerné par le risque cartographié »

- Investisseur, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de marché qui réside dans l'entreprise
 - *Com., 7 mars 2018, Huit-Clos*
- Patient, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de santé dans l'usage qu'il peut faire du médicament
 - *Définition de l'obligation de Compliance pesant sur les laboratoires (posologie) : Oklahoma Court, Johnson&Johnson, 15 juillet 2019*
- Notion d'engagement juridique unilatéral demeure fragile

III. L'hypothèse de l'action de cartographier comme acte juridique unilatéral à travers la responsabilité sociétale de l'entreprise

- Cette prise de « responsabilité en Ex Ante » doit correspondre à la catégorie d'un « engagement juridique unilatéral »
- QUI EN EST LE CREANCIER ?

Celui qui est « concerné par le risque cartographié »

- Investisseur, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de marché qui réside dans l'entreprise
 - *Com., 7 mars 2018, Huit-Clos*
- Patient, lorsqu'il s'agit de cartographier un risque de santé dans l'usage qu'il peut faire du médicament
 - *Définition de l'obligation de Compliance pesant sur les laboratoires (posologie) : Oklahoma Court, Johnson&Johnson, 15 juillet 2019*
- Notion d'engagement juridique unilatéral demeure fragile

IV. L'hypothèse de l'action de cartographe, obligation générale issue du Droit de la Compliance pour concrétiser un but monumental, donnant les pouvoirs requis, implicitement mais nécessairement

- Cartographe, c'est aussi un pouvoir de contrainte sur les tiers
- Quid si aucun texte n'a conféré le pouvoir à l'entité de le faire, donnant ainsi prise sur un tiers ?
 - C.E., 17 mars 2017, *COFOR*
- « modalité » nécessaire pour que le but de prévention des incendies de forêts soit effectif
- Montre l'application générale du raisonnement téléologique du Droit de la Compliance, sur tous ses outils

V. Proposition : la cartographie concrétise un « droit subjectif des tiers à être légitimement inquiétés », leur permettant d'agir eux-mêmes en connaissance de cause

- Com., 7 mars 2018, *Huit-Clos*
- Cartographie qui ne dit rien, alors qu'elle aurait dû être analysée « pour inquiéter »
- Permet au tiers « concerné » d'agir pour se protéger du risque
- Le Droit de la Compliance, droit libéral, n'agit pas à sa place
- Le Droit de la Compliance va au-delà du Droit à l'information : il « analyse » et « hiérarchise » : du « plus grand risque » au « plus petit risque »
- = Droit du tiers concerné par le risque à être informé du risque, de son ampleur et de son évolution
- Pour ensuite prendre ses risques
- Vrai pour l'action publique et les agents « concernés »
- Vrai pour la finance, la santé, les transports, les « risques pays »

V. Proposition : la cartographie concrétise un « droit subjectif des tiers à être légitimement inquiétés », leur permettant d'agir eux-mêmes en connaissance de cause

➤ Vrai pour la finance, la santé, les transports, les « risques pays »

= « droit-média » = droit d'être inquiété pour prendre soi-même ses risques

= droit subjectif des tiers au service de la liberté

= responsabilité Ex Ante des entités qui supportent l'obligation générale de connaître les risques et de les dresser parce qu'elles sont en position de le faire pour informer les tiers

= Cette responsabilité Ex Ante exclut la responsabilité Ex Post

le Droit de la Compliance est une pièce maîtresse
du Droit du marché libéral
Mettant au centre des entreprises puissantes
au service d'un être humain libre
décidant pour lui-même