

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



Direction scientifique
Régis Bismuth

Rédacteur en chef
Hugo Pascal

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLOMÉS JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIEL • N° 16 • JANVIER 2019

Les nouveaux défis de la compliance

Actualités

Le droit civil à l'épreuve de la blockchain

Entretien avec Hubert de Vauplane

**L'objet social des sociétés élargi par la loi Pacte : quelles
responsabilités pour les dirigeants ?**

Par Pierre-Louis Périn

L'actualité de la coopération transatlantique

Entretien avec Gérard Araud et Marie-Laurence Navarri

Dossier thématique

Les nouveaux défis de la compliance

Par B. Cazeneuve, O. Chaduteau, P.-O. Sur et M. Chichportich, R.-M. Mélik et
J. Chuilon Croll, P. Servan-Schreiber, S.L. Dreyfuss, K. Haeri et V. Munoz-Pons,
J.P. Mignard, J. Hughes-Jennett et C. Coslin, S. Cossart, T. Beau de Loménie et A.
Lubrani, E. Daoud et S. Sfoggia, W. Maxwell et C. Gateau, E. Mignon, J.-N. Clément

AJSP  SciencesPo

ASSOCIATION DES JURISTES DE SCIENCES PO

 LexisNexis®

 Kramer Levin



La Revue des Juristes de Sciences Po, ses membres ainsi que son directeur scientifique n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans chaque article.

Les opinions doivent être considérées comme propres à chaque auteur et n'engagent aucunement la responsabilité de La Revue des Juristes de Sciences Po, d'un de ses membres ou de son directeur scientifique.

REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM

POUR CITER UN ARTICLE DE LA REVUE :
[Nom de l'auteur / Titre], *La Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019, n°16

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

ISSN 2111-4293

Revue éditée par
l'ASSOCIATION DES JURISTES
DE SCIENCES PO (AJSP),
régie par les dispositions de
la loi du 1^{er} juillet 1901.

13, RUE DE L'UNIVERSITÉ
75007 PARIS

WWW.AJSP.FR

revuedesjuristes@sciencespo.fr

Direction scientifique

Régis BISMUTH

Comité scientifique

Bernard STIRN, Emmanuelle MIGNON,
Reinhard DAMMANN, Pierre-Louis PÉRIN,
et Kami HAERI.

Rédacteur en chef

Hugo PASCAL

Comité de rédaction

Linus HOFFMANN (Dir. publication),
Charlotte GUILLEMIN, Eloy GENEST,
Tiphanie MAGLOIRE TRAORE, Pierre-Benoît
DRANCOURT, Sarah GLASER,
Nicolas SIMON, Valeriya TSEKHANSKA,
et Sarada NATESHAN.

Le mot du Rédacteur en chef



HUGO PASCAL
Rédacteur en chef

Chères lectrices, chers lecteurs,

La Revue des Juristes de Sciences Po fête cette année son dixième anniversaire. Dix années pendant lesquelles elle a pu peu à peu s'imposer comme une revue juridique de référence grâce aux précieux liens qu'elle a su tisser avec son éditeur LexisNexis et plus largement avec le monde universitaire et juridique, français comme international.

Elle innove cette année notamment par la création de son comité de patronage, composé d'Emmanuelle Mignon, Bernard Stirn, Pierre-Louis Périn, Reinhard Dammann et Kami Haeri ainsi que par l'établissement d'un partenariat de premier plan conclu avec le cabinet Kramer Levin lui permettant pour la première fois de bénéficier d'un financement autonome. Notre reconnaissance pour ses encouragements et ses conseils avisés va ainsi en premier lieu à Hubert de Vauplane dont l'amical soutien nous fut un puissant viatique. Nos remerciements vont également à notre directeur scientifique, Régis Bismuth, pour son précieux et indéfectible appui.

Ses ambitions renouvelées, son site internet refondu, la Revue des Juristes se propose en ce début d'année 2019 d'aborder, dans ce numéro bilingue, les nouveaux défis de la *compliance*. De sources et de champ d'application matériel et territorial distincts, la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« loi Sapin 2 »), la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ou le règlement général de protection des données personnelles (« RGPD ») ont fait entrer la France dans l'ère de la *compliance*, notion dont les contours demeurent aussi internationaux qu'évolutifs.

Toute entreprise doit désormais évoluer dans ce système sans frontières ni de secteur, ni de pays, ni de système juridique. Elle se trouve investie de buts globaux - qui lui sont pour partie extérieurs - posés par l'Autorité publique de manière toujours plus prescriptive. L'exigence classique de conformité s'accompagne d'une ambition éthique, appelant les entreprises à dépasser le cadre de leur spécialisation. La pénétration des droits humains en droit des affaires engendrée par ce mouvement normatif se traduit en pratique par l'apparition de nouvelles méthodes et de nouvelles fonctions à l'intérieur de l'entreprise qui tendent à modifier en profondeur son fonctionnement. Ce sont ces profonds bouleversements qu'ont tenté de mettre en évidence nos contributeurs dans ce numéro, je les en remercie chaleureusement.

La Revue des Juristes reviendra en juin avec un prochain numéro consacré aux nouvelles frontières du droit, dirigé par le Professeur Louis Assier-Andrieu. Un appel à contributions sera publié dans les prochains jours sur notre site et nous attendons vos premiers abstracts avec impatience.

Je vous souhaite une excellente lecture.

SOMMAIRE

Le mot du Rédacteur en chef	1
Hugo Pascal	

ACTUALITÉS

Le droit civil à l'épreuve de la blockchain.....	6
Hubert de Vauplane	

Intérêt social élargi : un nouveau Pacte pour l'entreprise	11
Pierre-Louis Périn	

L'actualité de la coopération transatlantique	17
Gérard Araud	
Marie-Laurence Navarri	

DOSSIER THÉMATIQUE

L'Edito	24
Régis Bismuth	

La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises	26
Bernard Cazeneuve	

Quand la compliance devient un avantage compétitif.....	33
Olivier Chaduteau	

L'ère de la transparence et le paradigme de l'avocat	41
Pierre-Olivier Sur	
Mathias Chichportich	

Réputation et compliance, quels enjeux ?.....	46
Rose-Marie Mélik Parsadaniantz	
Jean Chuilon-Croll	

L'actualité des deals de justice.....	53
Pierre Servan-Schreiber	

American extraterritoriality: A contrarian view	59
Stephen L. Dreyfuss	

Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs	64
Kami Haeri	
Valérie Munoz-Pons	
Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir.....	72
Jean-Pierre Mignard	
From soft law to hard law: The global development of new standards on duty of care and civil liability in human rights matters	77
Julianne Hughes-Jennett	
Christelle Coslin	
Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance.....	88
Sandra Cossart	
Tiphaine Beau de Loménie	
Antoine Lubrani	
Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance	95
Emmanuel Daoud	
Solène Sfoggia	
A point for setting administrative fines under the GDPR	102
Winston Maxwell	
Christine Gateau	
Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée	115
Emmanuelle Mignon	
La compliance environnementale	127
Jean-Nicolas Clément	

Actualités



Le droit civil à l'épreuve de la blockchain



HUBERT DE VAUPLANE

Avocat associé

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP, Paris

L'ère numérique est-elle à même de bouleverser les concepts classiques du droit civil ? Le développement récent des crypto-actifs, permis par l'essor de la technologie blockchain qui en constitue le support, nous invite en particulier à poser cette question au regard des concepts classiques d'obligation, de propriété ou de responsabilité. Au-delà, l'essor des cryptomonnaies et leur possible utilisation dans les échanges nous amène à réfléchir sur la notion-même de monnaie. La Revue des Juristes de Sciences Po a eu la chance de rencontrer Hubert de Vauplane afin de tenter de répondre à ces problématiques.

Comment appréhender selon vous les concepts de propriété et de possession dans une *blockchain* ? Classiquement définie comme une technologie de stockage et de transmission d'informations sans intermédiation par un tiers de confiance, doit-on la concevoir comme une simple technologie (valeur d'usage) ou un actif (valeur financière) ?

La *blockchain* en elle-même ne constitue qu'une technologie. Mais les informations qui sont stockées, enregistrées puis transférées *via* la *blockchain* peuvent être vues comme des actifs, et donc disposer d'une valeur propre. On retrouve ici tout le débat sur les biens immatériels comme nouvelle catégorie de biens nés de la digitalisation dans la « société de l'information ». D'où les difficultés à appliquer à ce type de biens les concepts traditionnels de propriété et de possession. Car ce dont on parle ici, ce n'est pas la cryptomonnaie émise par une *blockchain*, laquelle fait aussi l'objet de nombreux débats juridiques (cf. ci-dessous). Il s'agit des éléments – généralement des informations – enregistrés dans les blocs pour y être stockés voire transférés. Certaines de ces informations peuvent, par leur nombre et/ou leur qualité, contenir une valeur propre. D'autres de ces informations peuvent faire l'objet de protection

particulière, comme les données personnelles. Se pose alors la question de la nature des droits représentatifs de ces informations et de la reconnaissance d'une propriété des données, en particulier quand celles-ci sont assemblées, triées, retraitées par une tierce personne pour en faire un usage propre ou une diffusion auprès de tiers, ce qui ne manquera pas de poser des difficultés avec les données de nature personnelle. Mais dans tous les cas, la reconnaissance d'un droit sur ces données immatérielles passe par l'accès à ces données et leur contrôle. Sans contrôle, difficile de reconnaître un droit.

La *blockchain* offre également des solutions pour protéger l'ensemble du processus créatif ou innovant, et ici, il s'agit du droit de la propriété intellectuelle. A cet égard, il convient de distinguer le droit d'auteur de celui des brevets, marques et dessins (propriété industrielle) pour lesquels la protection s'acquiert par une formalité de dépôt. La difficulté pratique en la matière consiste à pouvoir retracer le processus de création pour prouver ses droits. La *blockchain* permet une traçabilité du processus de création en formalisant chacune des étapes et en lui donnant une date certaine. La *blockchain* pourra aussi intervenir en faveur de la

protection du savoir-faire et du secret d'affaire du fait de la directive européenne du 8 juin 2016 protégeant le secret d'affaire, dès lors que celui-ci présente une valeur commerciale et à condition que l'entreprise apporte la preuve de la mise en œuvre de « dispositions raisonnables destinées à garder leurs informations secrètes ».

La même question peut, par ailleurs, être posée à l'égard des crypto-actifs ...

La nature juridique du Bitcoin et plus généralement des crypto-actifs en droit des biens est incertaine depuis ses débuts. La question du droit de propriété sur le Bitcoin fait débat, aussi bien dans les pays de *common law* que de droit civil. En droit de *common law*, la question de départ consiste à considérer si le Bitcoin peut être qualifié de droit de propriété incorporel. En droit civil, la question est relativement similaire : dans quelle mesure le Bitcoin - ou les autres cryptomonnaies - s'apparente-t-il à un droit réel ou personnel ?

Au-delà des réflexions théoriques sur la question, c'est par les cas pratiques que les interrogations surgissent : le Bitcoin (ou les autres cryptomonnaies) peut-il faire l'objet d'un droit de revendication, en particulier dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective ? Bien sûr, la réponse apportée par le droit de la faillite sur la qualification du Bitcoin pour les besoins de la procédure collective ne permet pas de considérer, dans sa nature-même, la nature du droit sur le Bitcoin : des considérations de protection des investisseurs peuvent conduire à reconnaître un droit de propriété sur le Bitcoin. Deux décisions rendues en 2018 aux Pays-Bas et en Russie apportent des éléments de réflexion intéressants en ce qu'elles reconnaissent un droit de propriété au détenteur de bitcoins dans le cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'intermédiaire qui détenait pour leur compte les bitcoins. Inversement, en 2015, la Cour de justice de l'Union européenne avait un point de vue différent sur la nature juridique

du Bitcoin au regard du droit fiscal par rapport aux droits de propriété, dans l'affaire C-264/14¹.

Il y a souvent une confusion entre « cryptomonnaies » et « token ». Or, les deux ne se confondent pas et il est important pour une banque centrale ou un régulateur bancaire de bien les distinguer dans la mesure où tous les *tokens* ne permettent pas toujours une fonction de paiement. Un jeton est avant tout un concept technologique. Il confère à son détenteur certains droits en fonction du contenu de la chaîne de blocs ou d'un contrat intelligent (*smart contract*). S'il s'agit d'un actif ou d'un droit sur une *blockchain*, un jeton peut fonctionner sans cadre juridique *ad hoc* sous-jacent. Les jetons peuvent également représenter des actifs hors chaîne de blocs mais nécessitent alors un cadre juridique spécifique. En pratique, la ligne de partage entre une « cryptomonnaie » et un jeton n'est pas claire et nette. Les deux peuvent être utilisés dans une fonctionnalité de paiement. En réalité, la différence majeure entre une cryptomonnaie et un jeton tient à leur structure : les premières sont des modes d'échange liés à leur propre protocole *blockchain*, alors que les jetons ne sont pas liés à un protocole *blockchain* spécifique mais à chaque entreprise émettrice. En d'autres termes, une cryptomonnaie est « émise » dans le cadre d'une *blockchain*, généralement en rémunération d'un travail (le minage) alors que le jeton représente un actif sous-jacent, qu'il s'agisse d'un droit sur des biens sous-jacents, ou des revenus futurs ou d'échange contre services.

En France, le projet de loi PACTE distingue les actifs numériques des jetons. Ces derniers sont décrits comme étant « *tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien* ». Quant aux actifs numériques, il s'agit de « *toute représentation numérique d'une valeur qui*

¹ Kevin KK Law & Ernie GS Teo, "Bitcoins and other cryptocurrencies as property?" *Law, Innovation & Technology*, Vol. 9, 2017, p. 235; J. Dax Hansen & J. L. Boehm, *Treatment of Bitcoin under US Property Law*, Perkins Coie, Mars 2017.

² Joshua Fairfield, *BitProperty*, 88 S. Cal. L. Rev. 805 (2015); Shawn Bayern, *Dynamic Common Law and Technological*

Change: The Classification of Bitcoin, 71 Wash. & Lee L. Rev. Online 22 (2014);

³ CJUE, (cinquième chambre), Skatteverket / David Hedqvist, 22 octobre 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0264&from=FR>

n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement ». La définition des jetons est plus large que celle des actifs numériques qui est axée sur la valeur d'échange monétaire bien que n'étant pas une monnaie légale, alors que les premiers représentent tout type de droits, sans que ces droits soient liés à un quelconque pouvoir d'échange monétaire.

Reste la question des données et informations figurant dans la *blockchain*. Celles-ci peuvent être de simples données (cf. la réponse à la question précédente), des éléments de preuves de droits ou de biens. Mais il est aussi possible d'aller plus loin et de prévoir que les biens ou les droits eux-mêmes sont enregistrés dans la *blockchain*. Et ainsi de considérer un droit de propriété sur ces actifs enregistrés dans une chaîne de blocs. Ceci est particulièrement pertinent en matière de valeurs mobilières et de titres : la France a ainsi légiféré en 2016 et 2017 pour donner plein effet aux titres enregistrés dans une *blockchain*. Bien sûr, cela nécessite de modifier le droit des valeurs mobilières pour reconnaître la propriété des titres digitaux. C'est ce qui a été fait en assimilant l'inscription de titres dans une *blockchain* à une inscription en compte au sens du code monétaire et financier, inscription en compte qui en France constitue le cadre du transfert de propriété des titres.

Les levées de fonds fonctionnant *via* l'émission d'actifs numériques échangeables contre des cryptomonnaies, les ICO (*Initial Coin Offering*) se sont multipliées ces derniers mois. En échange de leur investissement réalisé *via* des cryptomonnaies, les investisseurs reçoivent des jetons ou *tokens*, dont la nature juridique pose toujours plusieurs questions. Les réponses apportées à la consultation publique lancée par l'AMF ont été publiées le 22 février 2018. Celles-ci concluent à écarter la qualification de titre financier vis-à-vis du *token*, tout en soulignant la diversité des ICOs et la difficulté de conclure à une qualification homogène. Comment faut-il alors

selon-vous appréhender juridiquement le *token* ? Que pensez-vous du nouveau dispositif de régulation des ICOs prévu dans le projet de loi PACTE et soutenu par l'Autorité des Marchés Financiers ?

La France a adopté une approche originale en ce qui concerne la régulation de l'émission et de la circulation des *tokens*. Elle a créé une nouvelle catégorie avec les actifs numériques (cf. la réponse ci-dessus sur la définition) en considérant que tout ce qui ne peut pas être qualifié d'instruments financiers au sens de la directive MIF, est alors un actif numérique pour les besoins de la levée de fonds. C'est une approche assez différente de celle que l'on peut voir dans d'autres pays où les *tokens* doivent rentrer dans une qualification juridique préexistante, soit en tant que valeur mobilière, soit en tant que moyen ou mode de paiement, soit en tant que produit dérivé, fond d'investissement ou opération de banque. En conséquence de quoi, l'émission de *tokens* dans le cadre d'une ICO est liée à la qualification juridique, laquelle doit correspondre à une catégorie juridique déjà existante. Au contraire en France, on a considéré qu'il existait deux types d'offres au public : l'offre de titres financiers, régie par le Règlement 2017/1129 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières, et l'offre de jetons, régie par le futur chapitre du Code monétaire et financier en discussion dans le cadre de la loi PACTE, sans considération de la qualification juridique du *token*, qu'il soit *token* utilitaire, *token* d'investissement ou *token* de paiement, pour reprendre les principales catégories généralement retenues par d'autres juridictions, comme la Suisse par exemple.

Apparus dans le sillage de la *blockchain*, les *smart contracts* sont généralement entendus comme des « contrats qui sont insérés dans une *blockchain* ». Ces nouveaux objets, usuellement définis comme des « contrats qui s'auto-exécutent », en assurant leur mise en œuvre sans intervention ni interférence des parties, peuvent-ils aisément être qualifiés de contrats au sens du droit civil ou conduisent-ils au contraire à repenser les obligations ?

Il s'agit ici de bien distinguer ce qui ne constitue qu'une exécution automatisée d'une instruction informatique d'un véritable contrat dont l'exécution

de certaines clauses ne requiert pas l'intervention des parties ou d'un tiers (le juge). Dans le premier cas, il n'y a pas de réelle nouveauté sur les aspects juridiques, alors que dans le deuxième cas, cela pose toute une série de questions nouvelles. C'est le sens de la distinction effectuée par les praticiens entre *smart contract code* et *smart legal contracts*. Une définition du *smart contrat* peut alors être la suivante : un *smart contract* est un accord automatisable et exécutoire. Automatisable par ordinateur, bien que certaines parties puissent nécessiter une intervention et un contrôle humain. Exécutable soit par l'application légale des droits et obligations qui en résulte, soit par l'exécution inviolable d'un code informatique. Dès lors, le code peut soit être la seule manifestation de l'accord entre les parties, soit compléter un contrat textuel traditionnel et exécuter certaines dispositions, telles que le transfert de fonds de la partie A à la partie B. Mais plus basiquement, dans quelle mesure un *smart contract* peut-il être opposable aux tiers ? Comment peut-on retranscrire en langage informatique certaines clauses subjectives ? Comment automatiser des clauses nécessitant l'intervention d'un tiers ? Plus généralement, comment résout-on dans un *smart contrat* l'inexécution contractuelle et les dommages et intérêts liées à celle-ci ? En *common law*, cette question est abordée sous l'angle de la doctrine des « excuses ». Son équivalent de droit civil est l'imputabilité des causes d'inexécution d'une obligation et, inversement, sa force majeure. Malgré la diversité des approches dans les différentes juridictions, les grandes lignes sont à peu près équivalentes en ce qui concerne la traduction en contrats intelligents : la question principale est de savoir quelle est la cause de la non-exécution et si cette cause peut être attribuée. Voilà quelques-unes des interrogations juridiques liées à l'apparition des *smart contracts*. Mais les potentialités sont immenses. Pour rester dans le monde de la finance, l'ISDA travaille depuis plusieurs mois sur la manière dont certaines clauses de ses contrats types en matière de produits dérivés pourraient prendre la forme d'un *smart contract*.

⁴ <https://www.isda.org/2018/10/03/smart-derivatives-contracts-from-concept-to-construction/> et

Compte-tenu des interactions entre droit et technologie, il est intéressant de signaler l'initiative en France de la *Smart Contract Academy* créée pour réfléchir et analyser les questionnements juridiques qui entourent les *smart contracts*. En partenariat avec l'association *Open Law*, elle réunit une vingtaine de membres sélectionnés sur candidature (juristes, développeurs, mais aussi professeurs) qui participent à ses travaux lesquels sont résumés dans un livre blanc⁵.

La *blockchain* et ses applications divisent en particulier par les risques qui leurs sont associés. Certains semblent intrinsèquement liés à leur nature (la forte volatilité des crypto-actifs par exemple). D'autres quant à eux paraissent principalement résulter de la difficulté à déterminer le régime juridique applicable aux différentes opérations. En ce sens, quels sont selon vous les principaux enjeux de la responsabilité dans la *blockchain* ?

Il y a d'abord l'enjeu sur la responsabilité du fait des choses, et plus généralement la responsabilité liée aux produits défectueux. La *blockchain* étant une technologie, celle-ci peut être corrompue ou imparfaite, et conduire à dommages pour les parties et les tiers qui l'utilisent soit comme vecteur d'échange, soit comme vecteur d'archives. Or, dans un registre distribué ouvert comme les *blockchains* publiques, il n'y a personne contre qui se retourner en cas de défaut de la *blockchain*. C'est un peu ici comme la question de la responsabilité des robots dotés d'une autonomie décisionnelle forte : il n'est plus possible de déterminer avec précision qui est responsable de leur défaut de fonctionnement. Certains imaginent alors attribuer une certaine forme de personnalité juridique à ces robots, justement pour leur permettre de se doter d'un patrimoine en cas de mise en jeu de la responsabilité. Pour les *blockchains* publiques, on ne voit pas aujourd'hui comment et auprès de qui attribuer la responsabilité d'un dysfonctionnement. A moins de faire porter cette responsabilité sur les points d'accès à la *blockchain*, ou sur les nœuds, un peu comme dans l'internet on a fait peser une certaine responsabilité sur

<https://www.isda.org/a/6EKDE/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf>

⁵ <http://ecan.fr/Smart-Contracts-Etudes.pdf>

les fournisseurs d'accès. C'est donc là un enjeu important pour le développement de cette technologie.

En quoi consiste alors votre rôle, celui de l'avocat conseil dans les ICO ? La présence d'un tel conseil tend-elle à devenir systématique ?

Le rôle de l'avocat, ici comme ailleurs, est de pouvoir éclairer les clients sur les enjeux et les risques liés à l'utilisation de cette technologie. Pour cela, il convient que l'avocat possède un minimum de connaissance technologique dans le fonctionnement de la *blockchain* pour comprendre celle-ci et ensuite analyser les risques juridiques qui y sont liés. Or, il y a là une barrière pour beaucoup d'avocats qui ne vont pas / ne peuvent pas aller jusqu'à ce degré de connaissance technique. Et pourtant, c'est bien là l'enjeu : comment bien conseiller son client si on ne comprend pas le fonctionnement d'un produit ou d'un service ?

Ces problèmes de qualification se posent également en termes monétaires. Pourquoi le Bitcoin n'est-il pas une monnaie au sens juridique et peut-il le devenir ?

Ce n'est pas le fait que la monnaie soit émise par une banque centrale qui fonde – tout au moins historiquement – la distinction entre la notion traditionnelle de monnaie et celle de cryptomonnaie. En revanche, le caractère juridiquement libératoire de la monnaie telle que reconnue par le droit d'un Etat est fondement plus pertinent pour distinguer les monnaies de banques centrales des cryptomonnaies. D'un strict point de vue juridique, n'est qualifié de monnaie que l'instrument auquel est liée la qualification de cours légal. Cela signifie que ceux-ci doivent être acceptés pour tout règlement. Le cours légal des billets et de la monnaie métallique signifie qu'ils ne peuvent pas être refusés en règlement d'une dette : leur acceptation comme mode de paiement est obligatoire. Le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France est d'ailleurs puni d'amende.

Dans chaque pays, seule la devise nationale dispose de cette caractéristique. Or, depuis l'introduction de l'euro, « la monnaie de la France est l'euro » (article L. 111-1 du Code monétaire et financier).

Les cryptomonnaies ne bénéficient bien sûr pas de cette notion de cours légal puisqu'il ne s'agit pas de monnaie légale. Elles ne sont que des conventions monétaires entre des parties à une opération. Ces conventions ne sont pas opposables aux tiers et l'exécution de ces conventions dépend totalement de la bonne foi de chacune des parties.

Peut-on voir émerger à terme de la monnaie digitale cryptographique émise par une banque centrale ?

Oui, et plus vite que l'on ne le croit. Certaines banques centrales y songent, y compris au sein du G7. En fait, la monnaie cryptographique d'une banque centrale s'inscrit dans l'évolution à la limitation voire la disparition de la monnaie fiduciaire. Celle-ci sera remplacée par une monnaie digitale cryptographique émise par la banque centrale, et circulant comme la monnaie fiduciaire, mais de façon digitale. Les enjeux sont alors immenses en ce qu'ils affecteront la relation de chaque individu à la monnaie. Il s'agit là d'une illustration supplémentaire de la dématérialisation de nos sociétés, de leur passage à l'immatériel, en ce compris dans ses fondements les plus profonds que constitue la monnaie. Déconnectée de tout support physique, la monnaie ne sera plus qu'une écriture digitale dans un smartphone ou tout autre support permettant à la fois de conserver et de transférer ces actifs digitaux.

Intérêt social élargi : un nouveau Pacte pour l'entreprise



PIERRE-LOUIS PÉRIN

Avocat associé, Reed Smith LLP,
Professeur affilié à l'École de Droit de Sciences Po

La réforme de la loi PACTE¹ trace de nouvelles perspectives pour les entreprises mises en sociétés.

Il s'agit d'abord, pour toutes les sociétés, de confirmer la notion actuellement prévalente d'intérêt social, tout en l'élargissant par la prise en compte de concepts émergents issus du développement de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) :

- l'intérêt social, compris comme l'intérêt propre de la société, trouve une place dans les dispositions définissant toutes les sociétés (C. civ., article 1833) et dans ceux qui définissent la manière d'administrer les sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-35) ; il s'agit ici d'une codification à droit constant de concepts depuis longtemps développés par la jurisprudence et intégrés par les administrateurs et dirigeants, qui savent que l'intérêt de la société doit être la boussole de leur action, selon la maxime bien connue des étudiants en droit des sociétés ;

- la RSE incite les entreprises à tenir compte des externalités de leur activité, c'est-à-dire de ses conséquences sociales et environnementales. La nouvelle loi demande qu'en plus de l'intérêt social, ces dimensions soient prises en considération dans la gestion de toutes les sociétés, et spécialement par les

conseils d'administration des sociétés anonymes (C. civ., article 1833 et C. com., art. L. 225-35).

De manière plus innovante, la loi va permettre aux sociétés qui le souhaiteront d'aller plus loin :

- les sociétés pourront inscrire dans leurs statuts leur « raison d'être » (C. civ., art. 1835), nouveau concept leur permettant de se fixer une mission dépassant la simple recherche de profit, qui est et demeurera le but de toute création de société (C. civ., art. 1832). Les débats parlementaires ont précisé les contours de cette raison d'être, qui est « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité »² ;

- les députés, en première lecture, ont ajouté encore un échelon en intégrant dans la loi le statut de « société à mission ». Il s'agit, pour les sociétés de toute forme, de faire de leur raison d'être une mission déclarée au Registre des sociétés et dont elles peuvent faire publiquement état. La condition est de définir la composition, le fonctionnement et les moyens de l'organe social chargé exclusivement de suivre l'exécution de cette mission.

¹ Cet article se fonde sur le projet de loi dit « Pacte » pour la croissance et la transformation des entreprises (n°1088 AN du 19 juin 2018) adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 9 octobre 2018. Le texte est susceptible de changements jusqu'à sa promulgation.

² Il existe en 2018 plus de 4.000.000 d'entreprises, dont la moitié sous la forme d'entreprises individuelles. Il existe par ailleurs 4.287.576 sociétés (source : étude d'impact de la loi Pacte, p.

549, nombre de sociétés actives sans procédure collective au 15.05.2018 selon la base de données Diane+). Mais parmi ces sociétés, on peut distinguer 2.036.280 sociétés civiles qui n'ont pas nécessairement une activité d'entreprise (sociétés civiles patrimoniales, immobilières...), 2.229.195 sociétés commerciales et 22.101 sociétés coopératives.

³ I. Urbain-Parléani, *La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018* : Rev. Sociétés 2018, p. 623.

Il existe depuis fort longtemps des formes de sociétés non dédiées à la seule recherche du profit, telles que les coopératives, ainsi que des cadres définis pour l'économie sociale et solidaire (loi n°2014-856 du 31 juillet 2014). La nouvelle loi PACTE a ceci d'original qu'elle vise non ces cas spéciaux mais la totalité des sociétés, tout en ajoutant des échelons intermédiaires entre ces deux mondes.

Plus que de changements de paradigme, on peut parler de rééquilibrages dans la gouvernance des sociétés (1.) et dans le système de responsabilité des sociétés elles-mêmes et de leurs dirigeants (2.).

1. L'impact sur la gouvernance des sociétés : les dirigeants au centre du jeu, pour servir quels intérêts ?

1.1 Le rééquilibrage des pouvoirs promu par la loi PACTE

La loi combine ces nouveaux concepts formant un « intérêt social élargi » en leur assignant leur juste place, condition de leur bonne acclimatation dans le fonctionnement des sociétés.

Les dirigeants des sociétés de toutes formes devront « prendre en considération » les enjeux sociaux et environnementaux, tout en gérant la société dans son intérêt social. Ce disant, la loi hiérarchise ces objectifs, ce qu'un auteur a pu résumer ainsi : « la prise en considération traduit une obligation de moyen qui ne saurait primer sur l'impératif catégorique (l'expression est volontairement tirée de la morale kantienne) de se conformer à l'intérêt de la société »⁴. Cette primauté respecte les bases de notre système sociétaire, tout en l'accompagnant dans la prise en compte d'enjeux élargis. De ce point de vue, la loi PACTE est beaucoup moins disruptive que la loi sur le devoir de vigilance du 23 mars 2017. Elle se rapproche du modèle anglais dit de l'« *enlighted*

shareholder interest » inscrit dans l'article 172 du *Companies Act* de 2006⁵.

Au plan de la gouvernance, la loi s'aligne sur les meilleures pratiques actuelles. La recherche de la *compliance* et le goût pour l'amélioration continue de la *corporate governance* étant deux marqueurs forts de la culture des conseils d'administration au XXI^e siècle, nul doute que la plupart assumeront avec sérieux la mission de prise en considération des enjeux de RSE, ce qu'ils sont déjà nombreux à faire.

La nouvelle formule n'est pas décisive pour la représentation des parties prenantes dans l'administration des sociétés. La formalisation de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux pourra certes inciter à recruter au sein des conseils des personnalités aptes à porter la voix des tiers intéressés, ou du moins à ouvrir le travail préparatoire des décisions aux représentants de ces parties prenantes. Mais si celles-ci interviennent, elles devront accepter le primat de l'intérêt de la société sur les enjeux qu'elles portent.

La proposition de société à mission⁶ pousse plus loin dans la même direction, en instituant un organe spécial chargé exclusivement de suivre l'exécution de la mission. Ce bicamérisme embryonnaire a pour sens de mettre le dirigeant sous la double pression des résultats économiques et du respect de la mission. Les contradictions se résoudront devant l'assemblée des associés, qui restera souveraine mais devra assumer ses choix.

De manière feutrée, la réforme pose les bases d'un nouvel équilibre de gouvernance en faveur des dirigeants, en leur donnant des arguments pour prendre de l'autonomie à l'égard des objectifs de rentabilité et de création de valeur actionnariale portés par les actionnaires. Le sens profond de ces

⁴ M. Roussille, *Projet de loi PACTE : quel impact ? Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société* : LexisNexis, Droit des sociétés, août-sept. 2018 p. 8. La qualification d'obligation de moyen est aussi retenue par l'étude d'impact du projet de loi, p. 546.

⁵ « 1. Un administrateur d'une société doit agir d'une manière qu'il considère, de bonne foi, la plus à même de promouvoir le succès de la société pour le bénéfice de ses membres (les actionnaires) dans leur ensemble, et ce faisant en prenant en compte (entre autres) (...) (b) les intérêts des employés de la société, (c) l'impact des activités de la société sur la communauté et sur l'environnement (...) ». La formule anglaise

exprime toutefois l'objectif du bénéfice des associés, ce que la loi française ne fait pas, ou indirectement par l'article 1832 du Code civil qui prévoit que la société est instituée par des associés en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

⁶ Ce statut est inspiré des travaux menés sur l'extension de l'objet social et de nouvelles formes de sociétés : v. Blanche Segrestin, Kevin Levillain et Stéphane Vernac, Armand Hatchuel, *La Société à Objet Social Étendu* : Paris, Presses des Mines, collection Économie et gestion, 2015 ; K. Levillain, *Les entreprises à mission – Un modèle de gouvernance pour l'innovation* : éd. Vuibert, 2017.

réformes est de permettre au dirigeant, entouré de son conseil d'administration, de se faire l'arbitre de différents intérêts et de résister à ses actionnaires en leur opposant un intérêt général de la société, voire de l'entreprise. La vie des idées étant faite de cycles, on en revient à des revendications d'autonomie qui ont été contrebattues pendant ces dernières décennies par les théories de l'agence postulant la meilleure efficacité des sociétés où les dirigeants sont mieux encadrés par les actionnaires. Mais cette nouvelle latitude ravivera le débat sur l'asymétrie d'informations empêchant tout contrôle de l'intérêt supérieur invoqué.

1.2 Faut-il aller plus loin dans la refonte de l'entreprise ?

Si la loi PACTE a ainsi retenu une formule finalement assez conservatrice, ou représentative des meilleures pratiques actuelles, le débat qui l'a précédée a été riche de propositions plus radicales. Certains ont pensé souhaitable de confier aux sociétés la recherche d'un « intérêt de l'entreprise » qui dépasserait l'intérêt social en intégrant sur un même plan les intérêts sociaux, environnementaux, de la société et de ses associés⁷. Il y a toute une gradation entre les notions d'intérêts propre, collectif ou général, supérieur ou éclairé, social ou d'entreprise, qui sont d'ailleurs toutes difficiles à définir et susceptibles d'évoluer⁸. La loi PACTE a fait le choix de conserver les bases connues, d'éviter toute radicalité qui aurait pu effrayer, et finalement de remettre aux juges le soin de faire vivre ces notions.

⁷ C'était l'une des propositions de la proposition de loi « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances (doc AN n° 476, 6 déc. 2017), déposée par le groupe Nouvelle Gauche pour prendre date avant le dépôt du projet de loi PACTE. La notion d'intérêt de l'entreprise se retrouve également dans les rapports Notat-Sénard et Hurstel-Frérôt (ce dernier présenté au nom du Club des juristes) ayant servi de bases de travail pour le projet de loi Pacte. Pour une critique de cette notion, v. ANSA, n° 15-021, *Intérêt social et intérêt général de l'entreprise*, et P. H. Conac, *La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ?* : Rev. Sociétés, oct. 2018, p. 558, qui considère que « la vision selon laquelle les grandes sociétés cotées devraient agir dans l'intérêt collectif est naïve et dangereuse (...). La société serait schizophrénique » et donne l'exemple d'entreprises comme Uber ou Ryanair, qui ne pourraient prendre sérieusement en considération l'intérêt de leurs employés, alors que leur « business model implicite » consiste à contourner les systèmes les protégeant le mieux (salarial, protection sociale...).

Une autre voie plus radicale consiste à recentrer le débat sur l'entreprise, en tant qu'espace politique chargé d'une mission et organisé comme un espace de co-détermination. Les travaux pluridisciplinaires du département économie et société du Collège des Bernardins, menés en plusieurs étapes jusqu'en 2018⁹, ont proposé cette nouvelle vue synthétique, qui veut rendre compte de l'entreprise en tant que dispositif d'action collective dont le but ne doit pas être seulement lucratif. Dans la lignée de ces travaux, certains semblent tentés de poursuivre en s'abstrayant du cadre sociétaire pour miser sur une organisation de l'entreprise en tant que telle. D'un point de vue, cela remettrait sur un même plan toutes les parties prenantes ; d'un autre, cela renforcerait la position centrale de l'entrepreneur ; d'un troisième, cela éviterait de polluer l'organisation de toutes les sociétés avec des considérations qui n'intéressent que les grandes entreprises¹⁰.

Mais il paraît difficile de se passer de la forme sociétaire, qui en quelques millénaires d'histoire a atteint une hégémonie planétaire. La société commerciale est venue à maturité avec la reconnaissance de la personnalité morale et de l'autonomie patrimoniale, permettant la limitation du risque aux apports et favorisant ainsi l'alliance entre apporteurs de capitaux et entrepreneurs. Elle a depuis intégré tout un système de gouvernance et de responsabilité opératoires. Les systèmes juridiques qui ont tenté de s'en passer n'ont pas brillé par leur réussite économique, ni politique d'ailleurs. Et si l'on veut influencer sur ces aspects de gouvernance des

⁹ v. M. Germain, *Les propositions du club des juristes*, Rev. Sociétés oct. 2018, p. 551, figurant dans le dossier consacré au colloque « La réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil : révolution ou constat ? », publié dans la Rev. sociétés, oct. et nov. 2018. Dans le même dossier, v. aussi J. Heinich, *Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social*, Rev. Sociétés octobre 2018, p. 568.

¹⁰ Colloque de mars 2018 rendant compte du cycle « Gouvernement de l'entreprise et création de commun », sous la direction de O. Favereau et B. Roger. Synthèse et travaux présentés sur le site du collège des Bernardins ; v. aussi B. Segrestin et K. Levillain (dir.), *La mission de l'entreprise responsable – Principes et normes de gestion*, Presses des Mines, 2018.

¹¹ A. Couret, *La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ?*, Rev. Sociétés, nov. 2018 p. 639.

grandes entreprises, alors il est logique de légiférer sur les formes sociétaires qui les habillent.

D'autant que le concept de société est suffisamment souple pour faire la meilleure place aux évolutions souhaitées.

On le voit avec la question de la participation des salariés à la gouvernance des sociétés : les deux instruments de l'actionariat salarié et de l'élection d'administrateurs salariés, qui tous deux intègrent les salariés et leurs représentants dans les structures sociétaires que sont l'assemblée et le conseil, font plus et mieux que les comités sociaux et économiques (anciens comités d'entreprise), qui restent des organes consultatifs plaqués à côté des circuits de décision.

Là aussi, le projet de loi PACTE est resté sur une position médiane : il ouvre légèrement la représentation des administrateurs salariés dans les conseils d'administration des grandes sociétés anonymes et des mutuelles, sans passer à la moitié ou au tiers des sièges qui étaient demandés par certains, dont les syndicats convertis à cette participation au pouvoir d'administrer depuis son introduction en droit français par la loi de 2013.

2. La « prise en considération » des nouveaux objectifs sociaux et environnementaux induit-elle une responsabilité élargie ?

Certaines voix ont alerté sur les dangers de la loi PACTE, qui porterait un accroissement des risques de contentieux pesant sur les sociétés, leurs dirigeants et actionnaires, mis en cause devant les tribunaux pour non-respect des nouvelles prescriptions de prise en compte des impacts sociaux et environnementaux. Tel n'est pas le sens souhaité par les promoteurs de la loi, sans que cela ait totalement rassuré les observateurs¹¹.

Cela pose la question des responsabilités civile, pénale et politique pouvant naître de ces nouvelles orientations : que se passera-t-il pour les sociétés qui

¹¹ L'étude d'impact (p. 546) mentionne que les nouvelles dispositions ne créeront pas de nouveau régime de responsabilité délictuelle, mais indique que la violation des nouvelles dispositions légales ou statutaires pourra fonder une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants, tandis que la notion de faute de gestion ne devrait pas être affectée car elle se réfère seulement à l'intérêt social, qui primera toujours sur les intérêts

n'auront pas pris en considération les conséquences sociales ou environnementales de leur activité, ou la raison d'être qu'elles auront adoptée ? On peut songer au cas où une société fermerait un établissement industriel sans se préoccuper de la dépollution du site ou des pertes d'emploi, et examiner les recours possibles. Si à première vue les lignes ne bougent pas vraiment, il n'est pas interdit aux plus audacieux de songer à de nouvelles percées, et aux plus conservateurs de craindre un nouvel activisme associatif anti-entreprises¹².

2.1 La mise en cause de la société

Tout d'abord, rien dans le droit des sociétés ne permet à des tiers de remettre en cause le sens d'une décision prise par les organes légaux de la société. Il existe tout au plus des dispositifs de retardement, tels que la « loi Florange » du 29 mars 2014 visant à obliger à rechercher un repreneur en cas de fermeture d'un site, ou l'obligation de consulter le comité social et économique de l'entreprise.

La loi PACTE exclut toute nullité d'une société sur le fondement d'un manquement à l'« intérêt social élargi » du dernier alinéa de l'article 1833, par une précision apportée à l'article 1844-10 du Code civil. Ainsi, une société créée pour porter un projet immobilier ne sera pas nulle parce qu'elle n'aura pas pris en compte la dimension environnementale de ce projet.

De plus, il a été prévu que le manquement à ce nouvel alinéa de l'article 1833 C. civ., ne pourra pas être une cause de nullité des actes et délibérations de la société (art. 1844-10, al. 3), ce qui ferme la porte à une contestation des décisions sociétaires sur ce fondement.

Les tiers vont-ils pouvoir agir contre la société pour réparer le préjudice résultant de la non prise en compte de leurs intérêts environnementaux ou sociaux ? Ils le peuvent déjà au titre des multiples responsabilités encourues par une entreprise au regard des droits de ses salariés ou au titre du respect de

sociaux et environnementaux. L'avis du Conseil d'Etat signale pour sa part le caractère très insuffisant de l'étude d'impact, notamment sur les questions de responsabilité des sociétés et de compétitivité des entreprises.

¹² Le Monde Eco., 17 févr. 2018, « *Les associations, nouvelles bêtes noires des entreprises* ».

l'environnement, telle que la responsabilité pour préjudice écologique des articles 1246 et suivants du Code civil. Mais si la loi PACTE ne fait qu'instaurer une règle de gestion interne à chaque société, il n'est pas exclu qu'un tiers puisse invoquer un manquement au processus régulier de décision sociétaire. On voit là l'embryon d'une faute nouvelle, susceptible d'engager la responsabilité de la société. Comme pour le devoir de vigilance de la loi du 27 mars 2017, traduire ce nouveau manquement en condamnation ne sera pas chose aisée, notamment pour l'établissement de la causalité entre la faute et le dommage.

Mais raisonner à droit de la responsabilité constant est un trompe-l'œil, puisque l'on sait qu'une réforme de ce droit est en cours d'examen¹³. Son texte n'étant pas arrêté, il est difficile de combiner ces projets pour en mesurer l'impact croisé. On peut toutefois déjà remarquer que certaines nouveautés attendues de cette réforme pourraient s'appuyer sur les potentialités de la loi PACTE. Ainsi, l'article 1242-1 nouveau du Code civil prévoirait que « La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement » : il semble que l'on pourrait déduire de la non prise en compte par les dirigeants des impacts sociaux et environnementaux une faute propre à la société.

Sur un autre plan, la réforme entend confirmer l'élargissement des droits du tiers à un contrat de rechercher la responsabilité de l'une des parties pour manquement à ce contrat. Ceci pourrait avoir des applications en cas de violation des objectifs et missions inscrits dans les statuts d'une société. Or, il semble qu'une telle intrusion des tiers n'est pas souhaitée. On peut s'inspirer de l'exemple des Etats-Unis, où se sont développées les entreprises à mission sous la forme des *Benefit Corporation* ou *Flexible Purpose Corporation*. La voie choisie est celle d'une responsabilité seulement interne, c'est-à-dire des dirigeants à l'égard de la société, les tiers étant exclus de toute action pour manquement aux objectifs sociétaux poursuivis. Le projet de loi Pacte a prévu cette solution pour les entreprises à mission

(v. ci-dessous), mais on gagnerait à l'élargir à toutes les sociétés.

2.2 La mise en cause des dirigeants et des associés

Quel peut être le sort du dirigeant fautif sur ce plan ? Il est tout d'abord envisageable que le mépris de ces orientations constitue un juste motif de révocation, qui prendra sans doute un rang modeste parmi les atteintes plus classiques à la bonne gestion de la société. En revanche, le dirigeant pourra mieux résister à une remise en cause de sa politique s'il a suivi la « raison d'être » de la société, même au détriment de ses intérêts financiers.

La voie de la responsabilité pénale des dirigeants est très clairement fermée. Si le délit d'abus de biens sociaux (C. com. art. L. 242-6) vise depuis toujours la violation de l'intérêt social comme l'un des éléments constitutifs de l'infraction, il n'a nullement été révisé pour intégrer à ses côtés le défaut de prise en compte des intérêts sociaux et environnementaux. On comprend bien que le flou de la notion de « prise en considération » et l'étendue des domaines à considérer les rendent impropres à une pénalisation.

Il reste la responsabilité civile : elle n'est pas écartée, mais elle entre dans un cadre étroit. La loi créant de nouvelles obligations, y manquer constituera de nouvelles fautes pour le dirigeant. Il s'agira au premier chef d'une violation de la loi, ou des statuts lorsque la raison d'être y aura été ajoutée, mais aussi d'une forme de faute de gestion. La société, le cas échéant représentée par ses actionnaires intervenant *ut singuli*, pourra chercher réparation de ces manquements. Mais deux choses fondamentales ne vont pas changer : d'une part, le préjudice indemnisable sera celui de la société, et non pas les intérêts sociaux ou environnementaux lésés. D'autre part, les tiers directement lésés ne peuvent agir contre les dirigeants qu'en cas de faute détachable de leurs fonctions ; or il suffira aux dirigeants de démontrer que la décision a été prise en considération du seul intérêt de la société pour que le caractère détachable soit écarté : l'égoïsme *corporate* sera une excuse suffisante.

¹³ Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux, et faisant l'objet de consultations depuis lors.

Faut-il aller plus loin ? Cela n'est pas souhaité par les partisans de la version extensive de la mission ou de la raison d'être : le projet de société à mission précise que les dirigeants sont responsables à l'égard de la société de la mise en œuvre de la mission, mais cela n'est pas censé s'étendre aux tiers¹⁴. Cela illustre bien la philosophie générale de ces réformes : donner plus d'autonomie de décision aux dirigeants, sans les soumettre aux injonctions des parties prenantes.

On peut enfin examiner la situation des associés de la société. D'une part, ils ne sont pas responsables des décisions de gestion prises par les dirigeants, sauf immixtion. D'autre part, en considérant le cas où la décision est directement prise par eux (en décidant la dissolution d'une société par exemple), le standard de leur responsabilité à l'égard des tiers, tel qu'il a été défini par la jurisprudence, est particulièrement élevé : il faut démontrer une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé¹⁵. Là aussi, la recherche de profits ou d'une économie restera la norme et sera une défense suffisante, à droit constant. Enfin, il a été relevé que l'intérêt social élargi est une norme de gestion, et qu'à ce titre elle ne devrait pas concerner les associés lors de la prise des décisions collectives, selon la conception qu'en ont actuellement les juges¹⁶.

Mais il n'est pas interdit de penser que la pression réformatrice portera à l'avenir sur l'opposabilité aux associés de l'intérêt social, voire d'un intérêt général de l'entreprise.

* * *

La loi PACTE apporte une avancée réfléchie pour l'intégration de la RSE dans la gestion des sociétés. L'élargissement de l'intérêt social devrait avoir de réels effets sur différents plans. Tout d'abord, la gouvernance va se rééquilibrer au détriment des seuls intérêts financiers et en faveur des intérêts d'autres parties prenantes que les actionnaires, favorisant l'autonomie des dirigeants en charge de la définition d'un intérêt social élargi. Par ailleurs, la juridicisation de la RSE progresse : dans un premier temps, elle pénètre la gouvernance des sociétés ; dans un second temps, elle pourra donner lieu à des actions en responsabilité pouvant viser la société concernée, si ce n'est ses dirigeants et associés à ce stade.

Pour résumer, il s'agit d'être en charge de ces intérêts élargis, sans en être tout à fait responsable. Ce qu'on pourrait traduire par « *responsible but not yet accountable* », et qui semble un écho de l'énigmatique et prégnant « responsable mais pas coupable » inventé par (et pour) les politiques il y a 30 ans, et en voie de recyclage pour les dirigeants d'entreprise.

¹⁴ L'exposé des motifs de l'amendement adopté (sous amendement n°2381 - article 61 septies créant un nouvel art. L. 210-10 C. com.) indique que « les tiers ne pourront pas engager la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion ou pour violation des statuts en invoquant uniquement le moyen tiré du non-respect de la mission de la société, afin de ne pas créer une

contrainte contre-productive sur les dirigeants chargés de faire respecter cette mission. En revanche ils demeurent responsables à l'égard de la société ».

¹⁵ Com. 18 févr. 2014, n° 12-29752, BRDA 5/2014 n°2.

¹⁶ V. J. Heinich, op. cit. n°15.

L'actualité de la coopération transatlantique



GÉRARD ARAUD

Ambassadeur de France aux États-Unis

MARIE-LAURENCE NAVARRI

Magistrat de liaison à Washington

Un an après la parution de son numéro consacré à la coopération transatlantique, la Revue des Juristes de Sciences Po a eu la chance de pouvoir rencontrer Gérard Araud, Ambassadeur de France aux États-Unis et Marie-Laurence Navarri, magistrat de liaison à Washington pour évoquer l'actualité de ces questions toujours aussi brûlante.

Les dernières années ont été marquées par les multiples retraits des États-Unis des instances ou accords internationaux, que l'on pense à l'Accord de Paris sur le climat ou à l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien. Avant de nous intéresser à chacun de ces deux accords, que dit selon vous cet unilatéralisme américain sur la place réservée au droit international aujourd'hui ?

La méfiance profonde des États-Unis vis-à-vis du droit international n'est pas nouvelle, elle s'inscrit dans une tradition souverainiste et isolationniste américaine. Elle ne constitue ni un accident, ni l'apanage du Président Trump. C'est ainsi sous les deux mandats Clinton, pourtant réputé libéral – et donc internationaliste – que les États-Unis ont refusé de ratifier le traité d'interdiction complète des essais nucléaires de 1996, de signer la convention d'interdiction des mines antipersonnel ou ont refusé d'adhérer à la Cour Pénale Internationale.

A l'époque, la justification donnée par la secrétaire d'État américaine, Madeleine Albright, était « l'exceptionnalisme américain ». Selon cette doctrine, que l'on a retrouvée chez tous les jeunes diplomates qui ont ensuite servi sous Obama, comme Anthony Blinken, secrétaire d'État adjoint, les États-Unis ne peuvent pas être une sorte de Gulliver empêtré par les règles des conventions

internationales parce qu'ils ont des devoirs particuliers : ils doivent assurer la sécurité du monde et à ce titre ils doivent pouvoir faire des choses que les autres ne pourraient pas faire. Par exemple, s'agissant du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, l'explication donnée à l'époque était la frontière entre la Corée du Nord et la Corée du Sud.

Il y a donc un exceptionnalisme américain, mais qui s'inscrit dans la culture américaine : les États-Unis se voient depuis leur fondation comme la Jérusalem terrestre, une construction qui échappe aux péchés et aux vices du reste du monde. Ils ne peuvent donc pas être soumis à des règles qui sont dictées par l'étranger, des règles qui limiteraient leur capacité à faire le bien.

Donald Trump arrive ainsi dans cette tendance générale où un pays est las des interventions internationales, où on voit partout croître ce que l'on peut appeler un néo-isolationnisme. Son arrivée est moins une rupture qu'on ne le dit car déjà sous Obama, on avait senti une volonté de limiter les engagements extérieurs des États-Unis. Mais cela était fait dans un cadre relatif de respect du droit international, encore que l'on puisse s'interroger sur le respect du droit international dans le cadre d'un recours aux drones : jamais autant que sous Obama les Américains n'ont utilisé des drones pour tuer aux

quatre coins de la terre des gens qu'ils qualifiaient de terroristes, et cela évidemment sans contrôle si ce n'est le contrôle d'un juge américain.

Le Président Trump joue donc sur du velours, en apportant sa personnalité quelque peu exceptionnelle sur un fond culturel déjà bien ancré. Il s'inscrit néanmoins davantage dans une tradition de droite et dans cette méfiance instinctive du peuple américain envers les organisations internationales. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un pays où certaines personnes soupçonnent encore aujourd'hui les Nations unies de menacer l'indépendance américaine, où l'on n'a pas pu ratifier la convention des Nations unies sur les personnes handicapées sur le thème que cela menacerait la souveraineté américaine. A cela s'ajoutent enfin des croyances très ancrées.

Le refus des États-Unis de ratifier le *Trans-Pacific Partnership* (TPP) négocié par Obama exprime sans doute le mieux ce refus du multilatéralisme, de même que leur sortie du Conseil des droits de l'homme de l'ONU ou de l'UNESCO. Mais encore une fois, cet unilatéralisme et isolationnisme américain, que beaucoup ont oublié avec la Guerre froide, est ancien. Au sortir de la Première Guerre mondiale, les États-Unis n'avaient pas rejoint la SDN. De 1920 à 1941, ils ne voulaient aucun engagement international puis rentrent en guerre non car ils sont attaqués sur leur sol par les Japonais mais parce que l'Allemagne leur déclare la guerre. On peut se demander si on ne revient pas d'une certaine manière à un certain nombre de fondamentaux américains qui auraient vocation à se perpétuer au-delà de la présidence Trump.

Le retrait des États-Unis de l'Accord de Vienne a suffi à ce que nombre d'entreprises françaises stoppent ou du moins remettent en cause leur politique d'investissement en Iran, de peur de l'application de sanctions dites secondaires. En conséquence, que vaut aujourd'hui en pratique un accord international sans la participation des américains ?

Non seulement les États-Unis ne sont plus partie à l'Accord iranien, mais ils ont de plus pris des mesures positives : ils imposent des sanctions à ceux qui souhaitent entretenir un commerce, légitime d'ailleurs, avec l'Iran. Cela pose la question plus

centrale des sanctions unilatérales américaines et, avant de se lancer dans une dénonciation tout à fait justifiée, il convient de regarder le monde réel.

Les autorités américaines donnent aujourd'hui l'injonction aux grandes entreprises de choisir entre le marché américain et le marché iranien. Il n'y a pas une grande entreprise qui hésitera un quart de seconde et on ne peut rien faire : aucune grande entreprise ne peut aujourd'hui vivre sans avoir accès à des financements via les marchés financiers new-yorkais. Pour les grandes entreprises européennes, il n'y a donc pas de choix, il faut se retirer.

Au-delà de ce premier niveau, il y a celui des sanctions individuelles. On va voir ça pour le cas de Swift, la chambre de compensation gérée par des banques, à laquelle la participation est nécessaire pour toute activité bancaire. Swift est sous le contrôle, en termes d'audit, de la banque centrale de Belgique. Les banquiers américains n'y ayant pas la majorité, Swift peut tout à fait continuer à dire que l'Iran peut travailler avec Swift. Mais les Américains disent que dans ce cas-là on va mettre sous sanction les individus, c'est-à-dire les représentants des banques européennes qui sont dans ces conseils d'administration. Ces personnes voient alors leur vie professionnelle menacée et n'auront pas le choix.

A partir de cette description du monde réel, il faut concevoir le droit international comme la « feuille de vigne sur les rapports de force » : il essaie de civiliser la jungle car il n'y a pas de juge, de prison ou de gendarme suprême. On essaie par le biais du droit international de donner un minimum de règles à la jungle. Dans une jungle, lorsqu'il y a une grosse bête, cette dernière n'accepte aucune limite. Or les États-Unis sont la seule superpuissance aujourd'hui et usent de leur pouvoir.

Le dernier élément de ce pouvoir immense est évidemment le dollar. Le dollar repose sur une contradiction : c'est à la fois une monnaie nationale et internationale. Or toute transaction en dollar entraîne un passage par les États-Unis : pour les autorités américaines, une transaction en dollar est une transaction américaine soumise à la loi américaine. Pour un grand nombre d'entreprises, le dollar reste de loin la devise la plus utilisée dans les

échanges. Ainsi, les entreprises doivent avoir conscience que même si une opération ne concerne pas un acteur américain, si elle n'est pas sur le territoire américain, l'utilisation du dollar justifie l'application de la loi américaine. Les Américains, en particulier depuis l'administration Obama, usent très largement de cette compétence liée à l'utilisation du dollar et on est très loin aujourd'hui de pouvoir utiliser d'autres monnaies comme l'euro comme on le voudrait. Il n'y a pas les quantités ni les mécanismes, tout passe ou repasse soit par Londres soit par New York.

Une des propositions avancées pour protéger les entreprises françaises contre la portée extraterritoriale de ces dispositifs consiste en la réécriture de la loi de blocage française de 1968 mais surtout en la rénovation du règlement européen de blocage de 1996 adopté pour contrer les effets extraterritoriaux des lois Amato-Kennedy et Helms Button. Ce règlement n'a jamais eu à réellement s'appliquer, son adoption aboutissant alors à une issue diplomatique. Aujourd'hui qu'en est-il, l'adoption d'un tel dispositif par l'Union européenne vise-t-elle aujourd'hui selon vous davantage à forcer la coopération en vue d'une issue diplomatique, comme en 1996, ou au contraire à être un réel instrument juridique protégeant les entreprises européennes ?

Je dois avouer que je ne vois pas du tout à quoi cela peut servir. Dans ce schéma une entreprise comme Total sera punie si elle quitte l'Iran, mais elle le sera aussi si elle y reste, par les Américains. Les juges américains ne reconnaissent pas ledit règlement européen ou ladite loi française et aucune entreprise ne prendra ce risque. Les entreprises vont être doublement victimes puisqu'elles ont dans les dossiers de corruption une obligation de collaborer puisque la collaboration fait baisser la sanction éventuelle. On ne voit pas très bien comment cela pourrait s'articuler aujourd'hui.

Ces lois et règlements de blocage ne semblent pas davantage pouvoir être utilisés comme des outils diplomatiques : aujourd'hui, l'administration américaine est totalement fermée à toute issue diplomatique. Lorsque les États-Unis ont décidé de sortir de l'Accord iranien et de réinstaller les sanctions, des dizaines d'entreprises se sont trouvées piégées alors

qu'elles s'étaient engagées dans des opérations commerciales voire d'investissement, aucun délai ou exemption n'a été donné malgré les demandes insistantes des Européens.

Au-delà du cadre légal stricto sensu, les entreprises dépendent aussi de l'interprétation que fera le District Attorney du dispositif légal, comme en témoignent les sanctions qui ont été imposées aux banques européennes après la crise de 2008, y compris BNP Paribas. Les grandes banques européennes (HSBC, Société Générale, Deutsche Bank, BNP Paribas) ne sont d'ailleurs pas retournées en Iran alors que l'administration Obama les poussait à y aller dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord iranien, par crainte d'éventuelles sanctions du District Attorney de New York. Une banque ne peut survivre aujourd'hui si elle venait à être privée d'accès au marché de New York. La réalité aujourd'hui est ainsi celle d'un rapport de force écrasant au profit des États-Unis.

De la même manière, le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris sur le climat, pourtant âprement négocié, a surpris de nombreux observateurs. Qu'est-ce que cela dit sur le rôle et l'influence de l'ONU à l'heure actuelle ? La conclusion d'un pacte mondial de l'environnement, promu par la France vous semble-t-elle réalisable dans ces conditions ? Enfin, l'engagement des grandes villes américaines pour le climat est-il pour vous à même de le pallier ?

Le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris doit être analysé à la lumière de l'importance du négationnisme climatique américain, sous-estimé en Europe mais très présent dans le *rank-and-file* républicain. La thèse du changement climatique est vue ici à droite comme une sorte de combat théologique, on nie le changement climatique, considéré comme une invention de l'extrême gauche ou de l'étranger. Ce qui est frappant en particulier est que cette sortie n'était pas nécessaire sur le fond puisque l'accord est fondé sur des engagements nationaux : les chiffres que critiquaient Trump étaient en réalité des engagements nationaux américains pris par Obama. Trump pouvait donc très bien rester dans l'accord tout en réduisant ces engagements nationaux pour les États-Unis mais il a

tenu à sortir de l'accord pour envoyer ce message à sa base républicaine.

Ici, comme dans le cadre du retrait des États-Unis de l'accord de Vienne, le président Obama a sa part de responsabilité : il a imposé ces deux accords à un Congrès hostile. Il n'a pas réussi à les faire voter par le Congrès, il les a donc transcrits dans le droit américain par la voie réglementaire en laissant derrière lui un héritage potentiellement fragile.

Dans ces circonstances, la proposition de Pacte mondial pour l'environnement n'a aucune chance d'aboutir. Il ne faut pas aujourd'hui s'engager avec l'administration Trump dans une sorte de confrontation ouverte sur le réchauffement climatique car elle ne servirait à rien et cela d'autant plus que la sortie des États-Unis de l'accord n'est pas si grave que cela. En effet, toutes les villes américaines de plus de 100 000 habitants sont démocrates et sont donc engagées dans la lutte contre le réchauffement climatique. De la même manière, toutes les grandes entreprises américaines, y compris ExxonMobil, sont elles aussi engagées dans cette lutte, d'abord car elles ont découvert que cela leur faisait faire des économies et ensuite car elles se sont rendu compte que la jeune clientèle américaine est sensible à ce sujet. Enfin tous les États démocrates se sont aussi engagés. En termes de *carbon pricing* par exemple, on a les dix États de la côte nord-est et les trois États de la côte ouest qui se sont engagés.

Et puis la science est là et les États-Unis ont une double chance. D'abord le gaz de schiste, qui se substitue au charbon car moins cher, est beaucoup moins polluant. De plus, les États-Unis sont géographiquement une mine d'énergies renouvelables avec d'un côté le grand corridor du vent qui va de la frontière du Midwest (des États comme Iowa ou l'Oklahoma, qui sont vraiment des États républicains durs produisent 25 % de leur électricité grâce à l'énergie éolienne) et naturellement dans l'Ouest avec l'énergie solaire. Ainsi, la réalité, au-delà de la théologie politique républicaine, est que le pays est réellement engagé dans la lutte contre le changement climatique. Depuis 10 ans, leurs émissions ont diminué. C'est la raison pour laquelle le président de la République travaille avec Michael Bloomberg (qui lui-même a fait une coalition pour défendre les objectifs fixés par l'Accord de Paris) et

que la Maire de Paris préside une association de grandes villes, nous travaillons donc avec la société américaine.

Un dispositif anti-corruption a été adopté en 2016 dans le cadre de la loi Sapin 2 afin de mettre fin à une carence mise en évidence par différents organismes internationaux, à l'image de l'OCDE, mais aussi afin de répondre aux fortes amendes infligées par les autorités américaines sur le fondement du FCPA. Le principe alors mis en avant était celui du *non bis in idem*, dont la portée, est fréquemment débattue en doctrine, a été réduite à l'échelon national par la Cour de cassation par un récent arrêt, sur le fondement du principe de la souveraineté nationale. Est-ce pour vous un échec ?

La loi Sapin 2 est une véritable innovation qui va dans le bon sens. Le FCPA a quarante ans, la loi Sapin 2 date de 2016 : on voit que pendant presque trente-huit ans, les États-Unis ont occupé le terrain plus ou moins seuls dans la lutte contre la corruption au niveau international et que personne d'autre le faisait vraiment. Avant de crier contre le méchant loup américain, il faut quand même regarder ce que nous avons fait nous en France durant toutes ces années pour lutter contre la corruption transnationale à part de grandes conférences et de grandes messes. Jusqu'à l'adoption de la loi Sapin II, les peines encourues dans le Code pénal pour corruption transnationale étaient trop faibles et non dissuasives pour les entreprises. En outre, aucune personne morale n'a été condamnée pour cette infraction en France. On a voulu sous la présidence Hollande se mettre au pas, se mettre dans la cour des grands. On a d'abord créé ce Parquet national financier (PNF) qui fait un travail remarquable puis nous avons adopté cette loi Sapin 2 qui est essentiellement calquée sur le FCPA.

Maintenant l'asymétrie demeure dans les moyens : au DOJ, la section FCPA compte à peu près 200 procureurs sans parler de leurs assistants juridiques et des experts contre grosso-modo 15 et 20 pour le PNF. Ce n'est pas la même chose lorsqu'il s'agit de mener des enquêtes complexes, transnationales avec parfois des enquêtes ouvertes dans de multiples pays. Donc on a un certain mérite, avec l'Agence Française Anti-corruption qui a commencé ses

activités, à essayer de se mettre au niveau. L'attente est extrêmement grande en France comme aux États-Unis. On essaie de discuter de plus en plus d'égal à égal, notamment pour les enquêtes qui concernent nos entreprises.

Ce que ne fait encore aujourd'hui pas suffisamment Paris est une analyse au cas par cas de chacun des dossiers : il y a des dossiers de sanctions, sanction unilatérale prononcée par les autorités américaines dont on peut effectivement s'émouvoir qu'ils veuillent imposer leur justice au reste du monde, puis il y a des crimes qui sont commis et qui restent souvent impunis. Il faut voir alors qui est le mieux placé pour poursuivre ces crimes ou pour éventuellement traduire les criminels en justice. Dans beaucoup de dossiers en France où on a crié à l'extraterritorialité, à l'impérialisme américain, on n'avait tout simplement pas ouvert d'enquête donc on ne savait même pas de quoi on nous parlait en réalité. Une fois le dossier étudié, on est alors en mesure d'analyser précisément ce qui relève de la coopération judiciaire ou d'une agression économique déguisée, mais tant que l'on n'a pas ouvert d'enquête on ne peut savoir si leur demande est abusive ou non. Dans beaucoup de dossiers en France, comme l'affaire Alstom, on a tendance à oublier qu'il y a eu des infractions de commises avec d'ailleurs des reconnaissances de culpabilité.

L'ensemble du droit américain est national, il n'est pas extraterritorial. Pour qu'une loi soit extraterritoriale, il faut que le Congrès le dise, il faut que ce soit écrit dans la loi. Il y a même une jurisprudence Madison qui dit exactement que tant que le Congrès n'a pas affirmé le caractère extraterritorial d'un texte de loi américain, ce texte se limite aux frontières nationales. Alors il est vrai que le FCPA est un des rares textes qui est clairement extraterritorial avec une compétence quasi-universelle puisque dès qu'on a une transaction en dollar (cela peut être également un mail passé par un serveur), ils ont un pouvoir extrêmement large.

Pour en revenir à la règle *du non bis in idem*, le fait qu'il y ait une enquête aux États-Unis n'empêche pas qu'il y ait une enquête en France. Il faut donc travailler ensemble et envisager des résolutions

partagées comme dans le dossier Société Générale lorsque les conditions sont réunies.

Beaucoup ont dénoncé les *Non Prosecution Agreements* (NPA) et les *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), qui se multiplient, comme de nouvelles armes aux services des intérêts américains, mettant en avant que 64% du total des sommes récoltées par le trésor américain suite à l'action du DoJ provient de sanctions prononcées en direction d'entreprises européennes. Pour d'autres, il s'agit au contraire de nouveaux outils efficaces de justice globale dont d'autres devraient se saisir pour civiliser les échanges internationaux. Peut-on dire selon vous que le droit constitue, plus que jamais, un élément de puissance et de politique extérieure ?

Oui bien sûr, c'est un élément de régulation des relations au même titre que d'autres. La ministre de la Justice, lors de la visite présidentielle à Washington, a beaucoup parlé d'attractivité du droit français, on a des choses à faire valoir, des instruments qui n'ont pas à rougir au regard des grandes normes et notamment de l'OCDE et il faut travailler d'égal à égal, ce que de grands juges comme le juge Van Ruymbeke ont compris depuis longtemps.

On ne peut pas faire d'anti-américanisme primaire quand on a besoin d'eux pour à peu près toutes nos enquêtes et quand de toute façon ils ne nous demandent pas notre autorisation pour ouvrir des enquêtes. Soit cela se fait avec la coopération des autorités françaises soit ça se fait sans, et lorsque ça se fait sans les conséquences sont beaucoup plus désastreuses notamment en matière de sanctions. Ce sont des dossiers complexes aux enjeux énormes, il y a forcément des sensibilités mais globalement le dossier Société Générale a prouvé que c'était possible.

Il y a une volonté de travailler ensemble et les pouvoirs du FCPA sont peut-être moindres que dans le passé, ils ne peuvent pas faire tout, tout seuls. Récemment la jurisprudence est venue leur rogner les ailes sur la prescription avec la jurisprudence Kokesch, sur l'audition des témoins dans les pays étrangers (nous n'extradons pas nos nationaux, ils ont besoin de rechercher la responsabilité non plus des personnes morales mais des personnes physiques), c'est donc un besoin bien compris sinon

cela fait bien longtemps qu'ils auraient infligé plus de sanctions de manière unilatérale. Ils reconnaissent aujourd'hui qu'ils ont besoin des autres et dans n'importe quelle conférence FCPA, on entend parler des dossiers Odebrecht avec le Brésil ou Société Générale avec la France.

Comment le ministère des affaires étrangères, à travers Business France notamment, et plus largement les ambassades accompagnent-ils les

entreprises face à ces nouvelles contraintes à l'étranger ?

Le magistrat de liaison coordonne les enquêtes en cours en collaboration avec les magistrats du pôle financier et avec les américains et on essaie de voir dans de grands dossiers de nature économique et financière quels sont les intérêts américains, qui est le mieux placé pour poursuivre, ce qu'on peut éventuellement céder, pas céder, comment on se met d'accord.

Propos recueillis par Hugo Pascal à Washington

Dossier thématique

-

Les nouveaux défis de la
compliance



L'Edito



RÉGIS BISMUTH

*Professeur à l'Ecole de droit de Sciences Po
Directeur scientifique du dossier*

Une vingtaine d'années après l'émergence du « droit de la régulation », le « droit de la *compliance* » – ou devrions nous dire, sans avoir ici de prétention doctrinale, la « logique de *compliance* » – s'impose comme une nouvelle grammaire de la vie juridique des entreprises. Le droit de la régulation était articulé autour d'autorités administratives indépendantes chargées d'assurer le bon fonctionnement de marchés complexes et/ou nouvellement ouverts à la concurrence. La logique de *compliance* répond à des considérations distinctes et se traduit par des méthodes et instruments nouveaux. La *compliance* – que l'on ne saurait réduire à la stricte conformité – renvoie de manière habituelle aux procédés et techniques mis en œuvre par les entreprises afin d'assurer le respect des règles et principes résultant essentiellement des obligations réglementaires et éthiques qui leur sont applicables ou qu'elles s'imposent à elles-mêmes.

La *compliance* s'inscrit dans une dimension de complexité : complexité des structures que sont les entreprises de taille importante opérant dans de nombreux États via filiales et succursales et, dès lors, complexité des cadres réglementaires multiples et parfois concurrents auxquelles elles sont soumises (v., pour le domaine de la protection des données personnelles, la contribution d'Emmanuelle Mignon sur le *Cloud Act*). Les ordres juridiques se décroissent et deviennent poreux. La discipline de *compliance* instaurée par le marché le plus puissant génère une contrainte diffuse que les autres États ne peuvent ignorer. C'est d'ailleurs l'extraterritorialité de la législation anticorruption américaine (FCPA) qui a conduit le législateur à faire entrer le droit français de plain-pied dans la logique de *compliance* avec l'adoption de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 (v. la contribution de Bernard Cazeneuve).

La *compliance* ne repose plus exclusivement sur les leviers traditionnels du droit que sont l'interdiction et la sanction. Il ne s'agit plus en effet de réprimer la moindre conduite contraire aux règles applicables mais bien davantage de développer des outils organisationnels (un plan de *compliance*, un plan de vigilance, etc.) destiné à prévenir et à gérer le risque de violation. L'objectif n'est pas exclusivement de satisfaire à des injonctions réglementaires mais aussi de profiter de ce levier afin d'améliorer dans une logique proactive leur compétitivité et réputation auprès de leurs partenaires et notamment clients (v. la contribution de Rose-Marie Melik Parsadaniantz et Jean Chuilon-Croll ainsi que celle d'Olivier Chaduteau). Par ricochet, cette logique conduit à redéfinir le rôle de l'avocat, générant pour cette profession des opportunités à condition de s'adapter aux exigences de ce nouvel environnement (v. la contribution de Pierre-Olivier Sur et Mathias Chichportich).

Si l'on retrouve déjà une logique de *compliance* dans certains domaines tels que le droit de l'environnement (v. la contribution de Jean-Nicolas Clément) ou la protection des données personnelles (v. la contribution de Winston Maxwell et Christine Gateau), c'est surtout en matière d'anticorruption que les méthodes et instruments de la *compliance* se sont le plus diffusés. Face à la réticence de certains États parties à la convention anti-corruption de l'OCDE à poursuivre leurs entreprises pour des actes de corruption d'agents publics à l'étranger, les États-Unis ont assuré une application extensive du FCPA (v. la contribution de Stephen L. Dreyfuss), exposant ainsi les entreprises françaises à des types inédits de justice négociée et autres dispositifs de *compliance* semblant déroutants dans le contexte français (v. l'entretien avec Pierre Servan-Schreiber). Avec la nouvelle convention judiciaire d'intérêt public instaurée par la Loi Sapin II, le droit français

s'inscrit pleinement dans cette dynamique d'acculturation juridique avec toutefois plusieurs défis à relever (v. la contribution de Jean-Pierre Mignard et celle de Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons qui explore également les défis à relever par l'Agence française anticorruption).

La discipline habituellement désignée « Entreprises et Droit de l'Homme » (*Business and Human Rights*) constitue dorénavant un nouvel horizon de la *compliance*. D'une logique de responsabilité sociale des entreprises fondée sur des instruments de *soft law*, nous avons été témoins ces dernières années d'un développement particulièrement significatif des obligations en la matière avec, plus particulièrement, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017 qui place la France en position d'avant-garde sur le sujet (v. la contribution de Julianne Hugues-Jennett et Christelle Coslin). Il n'est plus question ici de programme de *compliance* mais plus spécifiquement de plan de vigilance dont le champ d'application et le périmètre restent encore à préciser (v. la contribution d'Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia).

Cette loi reprend un champ lexical de la *compliance* et de ses professionnels (« cartographie des risques », « procédures d'évaluation », « actions adaptées d'atténuation des risques », « mécanisme d'alerte et de recueil des signalements », etc.). Il est toutefois légitime de se demander si cette logique est bien la plus adéquate pour refléter la substance des règles en jeu et ne risque pas d'aboutir au développement d'une ingénierie juridique et organisationnelle destinée à organiser l'impunité des entreprises multinationales (v. la contribution de Sandra Cossart, Tiphaine Beau de Loménie et Antoine Lubrani). Voilà peut-être le défi le plus sérieux et le plus difficilement avouable de la *compliance*, celui de ne pas laisser les valeurs et intérêts qu'elle entend protéger être phagocytés par les forces du marché.

Il ne s'agit ici que d'un très court aperçu des multiples questions explorées dans ce dossier spécial. Nous vous en souhaitons bonne lecture.

La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises



BERNARD CAZENEUVE

Avocat associé, August Debouzy
Ancien Premier ministre, Ministre de l'Intérieur,
Ministre du Budget et Ministre des Affaires
européennes.

Le terme de « *compliance* » englobe l'ensemble des procédures qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par ses salariés, dirigeants et partenaires commerciaux.

Longtemps critiquée pour la faiblesse de ses dispositifs en matière de *compliance*, et notamment de lutte contre la corruption, la France a dernièrement renforcé sa réglementation visant à lutter contre la corruption, la délinquance financière ou toute autre forme de fraude en mettant en place des dispositifs contraignants. A ce titre, 2018 aura été une année charnière pour les entreprises françaises avec l'adaptation nécessaire d'un cadre législatif renforcé et la création d'autorités et d'institutions dédiées. Les entreprises françaises ont donc dû en très peu de temps se conformer à de nouvelles normes nationales et européennes en matière de conformité.

La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II »), la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (dite « loi sur le devoir de vigilance »), ainsi que la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, viennent consolider le droit français de la *compliance* et mettre la France au niveau des meilleurs standards internationaux en la matière.

Si la *compliance* peut au premier abord paraître comme une contrainte pour l'entreprise, elle se révèle très vite comme un atout incontournable pour

celle-ci, lui permettant de préserver sa réputation, son image, ses performances, sa compétitivité et, de ce fait, sa pérennité. La mise en place d'outils de *compliance* efficaces offre par ailleurs à la France l'opportunité de réaffirmer sa souveraineté face à l'extraterritorialité de la législation américaine en matière de lutte contre la corruption transnationale.

La *compliance* contribue donc à promouvoir une image positive de l'entreprise, tout en limitant les risques auxquels elle peut être exposée. Ces vertus justifient dès lors de renforcer les instruments législatifs la garantissant, en particulier au niveau européen.

1. L'émergence progressive d'un droit français de la *compliance*

1.1 La prédominance du droit américain en matière de *compliance*

Le droit de la *compliance* émane initialement du droit des affaires anglo-saxon. Le premier texte relatif à la *compliance* vient des Etats-Unis avec la loi fédérale de 1977 appelée « *Foreign and Corrupt Practices Act* » (ou « *FCPA* ») qui sanctionne la corruption d'agent public étranger commis par des entreprises ou des personnes, américaines ou non, grâce à des critères de rattachement des infractions au territoire américain très larges : entreprises étrangères implantées aux États-Unis, cotées en bourse aux États-Unis, participant à un marché régulé aux États-Unis ou utilisant le système financier américain, ou encore des entreprises ou

personnes non américaines qui commettent un acte de corruption sur le territoire des États-Unis.

Le FCPA étant resté pendant près de vingt ans la seule réglementation contre la corruption, une conception américaine de la justice – sévère, mais négociable – s’est imposée en la matière. En outre, par l’application extraterritoriale de la loi américaine, les États-Unis sont parvenus à faire de leur législation anticorruption une arme économique et diplomatique, en imposant aux entreprises étrangères des sanctions très lourdes. Ces dernières années, plusieurs amendes significatives ont été imposées par les autorités américaines à des entreprises européennes et notamment françaises¹. Ces entreprises, tombant sous le coup du FCPA, se sont vues contraintes de payer aux autorités américaines des amendes de plusieurs centaines de millions de dollars, dans le cadre d’accords passés avec les autorités américaines. Les amendes infligées ont eu des conséquences très importantes dans la conduite des activités et le développement de ces entreprises.

Le droit de la *compliance* s’est donc en parallèle développé au sein d’organisations et d’instances intergouvernementales et internationales telles que l’OCDE², l’ONU³ et le Conseil de l’Europe⁴.

En France, la ratification de la convention OCDE a été autorisée en 1999, alors qu’elle n’a été ratifiée par la Grande-Bretagne qu’en 2010 à travers le « *United Kingdom Bribery Act* » (« UKBA »). Malheureusement, l’arsenal législatif s’est avéré en pratique limité : absence de mécanisme transactionnel, obligation pour les autorités de recueillir des éléments de preuves à l’étranger avec des moyens humains et financiers limités, manque d’efficacité des sanctions, barrières légales et procédurales tenant à la poursuite de faits commis à l’étranger.

Il était donc devenu essentiel que la France adapte son arsenal législatif en matière de lutte contre la corruption et instaure un système de prévention de la corruption au sein des entreprises et des groupes

français, afin de mieux protéger ses entreprises nationales.

1.2 Les récentes évolutions législatives françaises

La loi Sapin II a introduit en droit français un ensemble de règles anticorruption, marquant l’entrée de la France dans l’ère moderne de la conformité.

Quarante ans après l’adoption du FCPA, l’entrée en vigueur de la loi Sapin II a permis à la France de rattraper son retard pour s’inscrire dans le contexte d’une prise de conscience globale et d’une volonté d’entrer dans l’ère moderne de la lutte contre la corruption.

Les entreprises et groupes dont la société mère est française et atteignant le double seuil prévu par l’article 17 de la loi Sapin II (500 salariés et 100 millions d’euros de chiffre d’affaires) ont l’obligation de mettre en place des mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France et à l’étranger, des faits de corruption ou de trafic d’influence. Il s’agit notamment :

- d’adopter un code de conduite définissant et illustrant les comportements à proscrire ;
- de mettre en place un dispositif d’alerte interne destiné à recueillir les signalements émanant d’employés ;
- de réaliser une cartographie des risques de corruption et de trafic d’influence ;
- de mettre en œuvre des procédures d’évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires ;
- de mettre en place des procédures de contrôles comptables ;
- d’organiser des formations destinées aux cadres et aux personnels les plus exposés ;
- d’adopter un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés en cas de violation du code de conduite de la société ; et

¹ Alstom : 772 millions de dollars (2014) ; Total : 398 millions de dollars (2013) ; Technip : 338 millions de dollars (2010).

² Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997.

³ Convention des Nations Unies contre la corruption du 14 décembre 2005.

⁴ Groupe d’Etats du Conseil de l’Europe contre la corruption.

- de prévoir un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Ces obligations sont lourdes et leur respect minutieusement contrôlé par l'Agence française anticorruption (« AFA »), qui, outre sa mission de contrôle, a vocation à aider les entités concernées à prévenir et à détecter les faits de corruption à travers sa mission de conseil et d'appui aux acteurs économiques. En cas de manquement, l'AFA peut délivrer un avertissement ou saisir la commission des sanctions qui pourra prononcer (i) une injonction de mise en conformité ou (ii) une sanction pécuniaire pouvant atteindre 1 million d'euros pour les personnes morales et 200.000 euros pour les personnes physiques. L'AFA peut également aviser le procureur de la République compétent des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit.

L'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») constitue par ailleurs une innovation majeure de la loi Sapin II. Sur le modèle du « *deferred prosecution agreement* » américain, la CJIP est une transaction pénale sans reconnaissance préalable de culpabilité. Elle permet l'extinction des poursuites pénales à l'encontre des personnes morales, sous condition d'exécuter certaines obligations (paiement de lourdes peines d'amendes, exécution d'un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA, réparation du préjudice des victimes lorsqu'elles sont identifiées). Les premières CJIP ont été conclues rapidement après l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, délivrant un message clair : la justice pénale peut être rapide, et les sanctions élevées et dissuasives⁵. Les acteurs sont donc encouragés à se mettre en conformité et à lutter efficacement contre la corruption en leur sein.

Au-delà des sociétés concernées par les obligations de l'article 17, la loi Sapin II a plus généralement participé au développement dans l'ensemble des entreprises françaises d'une appropriation de la culture de la *compliance*.

La loi sur le devoir de vigilance a quant à elle pour objet de prévenir les risques sociaux, environnementaux et de gouvernance liés aux activités de certaines sociétés, de leurs filiales et de leurs partenaires commerciaux.

La loi sur le devoir de vigilance a vocation à remettre le respect des droits humains au cœur des préoccupations des multinationales, en réaction à la catastrophe du Rana Plaza au Bangladesh, où un immeuble abritant plusieurs ateliers de confection travaillant pour diverses marques internationales de vêtements s'était effondré en avril 2013, entraînant la mort de plus d'un millier d'ouvriers. Cet événement a provoqué une prise de conscience conduisant au renforcement des règles de responsabilité sociale au sein des entreprises multinationales.

La loi du 27 mars 2017 pose ainsi l'obligation d'établir et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance, pour toute société employant au moins 5.000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10.000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Le plan de vigilance doit comporter des mesures de vigilance propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers (i) les droits humains et les libertés fondamentales, (ii) la santé et la sécurité des personnes ainsi que (iii) l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, mais également des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

A ce titre, le plan de vigilance comporte les mesures suivantes :

- une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

⁵ HSBC Private Bank Suisse : CJIP signée le 14 novembre 2017 (300 millions €) ; SET Environnement : CJIP signée le 14 février 2018 (800 000 €) ; Kaefer Wanner : CJIP signée le 15

février 2018 (2,7 millions €) ; Poujaud : CJIP signée le 4 mai 2018 (420 000 €) ; Société Générale : CJIP signée le 24 mai 2018 (250.150.755 €).

- 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 ;
- des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Ce plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics. Par ailleurs, la loi prévoit un mécanisme de responsabilité civile en cas de manquement à ces obligations.

Cette loi s'inscrit dans un mouvement international ayant pour ambition d'assurer le respect par les entreprises des droits de l'homme dans leurs activités et d'assurer un meilleur contrôle des chaînes de sous-traitance des grandes entreprises à travers le monde.

La loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a pour objet de renforcer les moyens de lutte contre les manquements des contribuables à leurs obligations fiscales et sociales.

L'article 18 de cette loi prévoit notamment un mécanisme de stigmatisation publique des personnes qui se rendent coupables de manquements graves à la loi fiscale, en permettant à l'administration fiscale, après avis conforme et motivé de la Commission des infractions fiscales, de publier sur son site internet les sanctions fiscales appliquées à l'encontre de ces personnes. En outre, l'article 16 de la loi crée l'obligation pour le juge pénal qui prononce une condamnation pour fraude fiscale d'ordonner l'affichage et la diffusion de sa décision, alors qu'il ne s'agissait jusqu'à présent que d'une simple faculté.

⁶ C. Bureaux et J. Garcin, *Loi relative à la lutte contre la fraude et traitement pénal de la fraude fiscale : vers une redistribution des cartes ?*, Option Droit & Affaires, 14 novembre 2018.

Le juge ne pourra s'y soustraire que par décision spécialement motivée, prise en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Ce « *name and shame* » tend à dissuader les entreprises de commettre de tels manquements, en les incitant à se plier aux règles du droit fiscal. En effet, l'atteinte à la réputation est un risque que les entreprises craignent désormais autant, voire plus, que les sanctions financières.

Par ailleurs, la loi du 23 octobre 2018 renforce également l'outil de la répression pénale ou administrative, en aménageant le « verrou de Bercy ». Jusqu'à présent, les poursuites pour fraude fiscale étaient conditionnées au dépôt d'une plainte préalable de l'administration fiscale, après obtention d'un avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Il était en effet interdit au parquet de se saisir directement de faits de fraude fiscale pour initier l'action publique, laissant ainsi un pouvoir discrétionnaire à l'administration fiscale. Ce mécanisme était toutefois critiqué pour son manque de transparence quant aux critères de sélection des dossiers transmis au parquet.

L'article 36 de ce nouveau texte procède donc à une réforme importante de ce mécanisme, en prévoyant les cas dans lesquels l'administration fiscale est obligée de transmettre le dossier au procureur de la République, selon des critères objectifs. L'aménagement du « verrou de Bercy » devrait conduire à la transmission, par l'administration fiscale, de 1000 à 2000 dossiers supplémentaires au parquet chaque année⁶.

La loi aggrave également les sanctions pénales de la fraude fiscale : un contribuable encourt cinq ans d'emprisonnement et une amende de 500.000 euros, ces peines pouvant être portées à sept ans et 3 millions d'euros. Le montant des amendes pourra également être porté au double du produit tiré de l'infraction (article 23).

Enfin, la loi a étendu la convention judiciaire d'intérêt public au délit de fraude fiscale, en

réservant toutefois ce dispositif aux personnes morales.

La loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude transforme donc en profondeur la chaîne pénale en matière de fraude fiscale, œuvrant dans le sens d'un renforcement des outils de la *compliance*.

2. La *compliance*, facteur de crédibilité et de compétitivité des entreprises françaises

De prime abord, la *compliance* peut apparaître comme une contrainte, source de coûts et de lourdeur administrative pour l'entreprise. A très moyen terme, elle se révèle cependant comme un atout incontournable en matière de compétitivité de l'entreprise, tant au niveau national qu'international. Les entreprises françaises se sont d'ailleurs globalement bien adaptées à la loi Sapin II : 85% des entreprises qui entrent dans le champ d'application de la loi indiquent avoir mis en place un programme de conformité anti-corruption, action largement pilotée par les directions juridiques⁷. Par ailleurs, 60% des entreprises comptent un *compliance officer* (chargé de mise en conformité), le plus souvent rattaché à la direction juridique⁸.

La *compliance* peut devenir un outil concurrentiel dans la mesure où elle protège, voire renforce la réputation de l'entreprise. L'image de l'entreprise, sa notoriété, est une arme de vente incontestable. Ce phénomène ne peut que s'amplifier avec l'importance croissante de la responsabilité sociale et de l'éthique dans le développement des entreprises, sujet intéressant de plus en plus les investisseurs.

La *compliance* – qu'elle soit en matière de corruption, de fraude fiscale ou de responsabilité sociale et environnementale – est un facteur de confiance pour les clients et les fournisseurs, et un gage de bonne gouvernance pour les actionnaires. Elle participe également au développement de l'entreprise, en attirant les meilleurs profils d'une génération de plus en plus concernée par la responsabilité sociale des entreprises et hésitante à s'impliquer dans une entreprise ayant une mauvaise

réputation⁹. La *compliance* est donc un facteur d'attractivité des talents, mais aussi de motivation et de fidélisation des collaborateurs.

3. La *compliance*, facteur de réaffirmation de la souveraineté de la France

Au-delà de l'obligation pour les entreprises de mettre en œuvre un plan de conformité rigoureux, l'un des objectifs affichés de la loi Sapin II était de démontrer la capacité de la France à réguler, contrôler, poursuivre et sanctionner ses propres sociétés. Le renforcement de la législation en matière de *compliance* devrait dès lors permettre au juge français de retrouver sa souveraineté par rapport aux justices étrangères en évitant le cumul des poursuites, et de recréer les conditions d'une concurrence économique loyale et équitable pour les entreprises françaises.

A cet égard, l'AFA poursuit ses efforts pour gagner en légitimité sur la scène internationale et ainsi limiter l'ingérence des juridictions américaines. L'actualité récente démontre qu'un certain crédit est accordé aux CJIP sur le plan international : le 24 mai 2018, une CJIP a été signée par le parquet national financier (PNF) et la banque Société Générale, au terme d'une enquête menée conjointement par le département de justice américain et le PNF. Cette coopération a donné lieu à la signature tout à la fois d'une CJIP et d'un *deferred prosecution agreement* avec les autorités américaines, l'amende déterminée au titre de la CJIP ayant tenu compte de la somme versée aux autorités américaines. La CJIP précise ainsi que le département de justice américain et le PNF ont partagé leurs éléments de preuves et se sont entendus pour parvenir à une résolution coordonnée de leurs enquêtes respectives.

Dans l'Indice de Perception de la Corruption publié en février 2018 par Transparency International, la France est classée 23^{ème} pays sur 180, derrière de grandes démocraties européennes. L'ONG anticorruption appelle ainsi le gouvernement « à maintenir un cap politique ambitieux » et « à poursuivre les efforts

⁷ D. Bauer, *Cartographie des directions juridiques : 2018, une année charnière pour la profession*, LPA, 2 juillet 2018, n°131, p.3.

⁸ *Id.*

⁹ Focus RH, « La RSE : facteur d'attraction des candidats ? », publié le 13 juin 2013, <https://www.focusrh.com/strategie-rh/responsabilite-sociale-des-entreprises/la-rse-facteur-d-attraction-des-candidats-24095.html>

engagés et mettre en œuvre les mesures attendues, sans attendre un nouveau scandale »¹⁰.

Si ce changement de paradigme ne peut être qu'encouragé, il doit également être mis en œuvre au niveau européen afin d'être réellement en mesure de protéger les entreprises françaises face à l'interventionnisme des États-Unis.

4. La nécessité du renforcement de l'arsenal juridique européen en matière de conformité : pour un « paquet *compliance* » européen

Au niveau national, l'adoption de la loi Sapin II porte l'ambition de mieux protéger les entreprises françaises des investigations justifiées par le régulateur américain par l'absence de dispositifs nationaux de prévention et de lutte contre la corruption. Jusqu'à présent, le juge américain a en effet pris prétexte de l'extrême faiblesse des dispositifs de prévention et de pénalisation de la corruption en France et en Europe pour légitimer l'extraterritorialité de ses procédures et imposer de lourdes sanctions pécuniaires.

A ce titre, les progrès législatifs récemment accomplis en France devraient dissuader les autorités américaines d'enquêter et de sanctionner les entreprises françaises, dès lors que l'AFA et le parquet national financier s'en chargent désormais avec plus d'acuité.

Cependant, l'absence d'un véritable mécanisme de *non bis in idem* au plan international n'offre aucune garantie que la pénalisation en France du non-respect des règles de *compliance* suffira à l'éviter aux États-Unis. En vertu du principe de *non bis in idem*, une personne jugée pour un fait délictueux ne

peut être poursuivie à nouveau pour le même fait. En théorie, une double condamnation pour des faits rigoureusement similaires ne devrait donc pas être possible. En l'absence de véritable reconnaissance de ce principe au plan international, une société multinationale peut faire l'objet de plusieurs investigations dans plusieurs pays pour des mêmes faits, ce qui implique plusieurs perquisitions, plusieurs auditions, plusieurs couvertures médiatiques avec un risque de réputation majeur. Or, le trouble causé par une enquête peut souvent être largement supérieur à celui de la condamnation qui interviendra plusieurs années après.

La nouvelle réglementation française en matière de *compliance* mérite donc d'être confortée par un dispositif européen crédible. La mise en place d'un « paquet *compliance* européen » pourrait définir la mise en œuvre de dispositifs harmonisés de prévention et de lutte contre la corruption, et constituer un levier pour établir les conditions d'un niveau de jeu égal entre l'Union européenne et les États-Unis.

Pour garantir son efficacité, ce paquet *compliance* européen devra s'appuyer sur trois grands piliers.

(i) En premier lieu, l'Union européenne devrait adopter un règlement ou une directive qui, dotée de la force obligatoire, obligerait tous les États membres à suivre une politique harmonisée de lutte anticorruption.

(ii) En deuxième lieu, les mécanismes de coopération entre les autorités nationales méritent d'être renforcés. Il convient ainsi d'établir la reconnaissance, par un accord bilatéral ou multilatéral, du principe de *non bis in idem* par les

¹⁰ Transparency International France, « *Indice de perception de la corruption 2017 : les scandales politico-financiers ralentissent les efforts engagés* », publié le 21 février 2018, <https://transparency-france.org/actu/indice-de-perception-de-corruption-2017-france-23eme/>

¹⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

¹⁰ R.C. Bird, S. K. Park, *Turning corporate compliance into competitive advantage*, University of Pennsylvania Journal of Business Law, 2016.

¹⁰ W. Mark Crain & Nicole Cole V. Crain, *The Cost of Federal Regulation to the U.S. Economy*, Manufacturing and Small Business 1 (2014).

¹⁰ « Return On Investment » = Retour sur investissement.

¹⁰ Définition donnée par l'Agence Française Anti-corruption (AFA).

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017-10-04 - Recommandations cartographie vd.pdf

¹⁰ Pour la CNIL, « la désignation d'un délégué est obligatoire pour : (1) Les autorités ou les organismes publics, (2) Les organismes dont les activités de base les amènent à réaliser un suivi régulier et systématique des personnes à grande échelle, (3) Les organismes dont les activités de base les amènent à traiter à grande échelle des données dites « sensibles » ou relatives à des condamnations pénales et infractions. <https://www.cnil.fr/fr/devenir-delegue-la-protection-des-donnees>.

¹⁰ Donald C. Langevoort, *Behavioral Ethics*, Behavioral Compliance 12 (2015).

juridictions extracommunautaires, afin de ne pas sanctionner doublement les entreprises contrôlées.

(iii) Enfin, le paquet *compliance* devra donner à l'Union européenne la capacité à imposer des sanctions aux entreprises étrangères en cas de manquements de ces dernières, sous peine de privation d'accès au marché intérieur. Cette régulation de l'accès au marché européen peut s'inspirer des règles déjà existantes en matière de concurrence.

La convergence des règles en matière de *compliance* et la mise en place d'un dispositif européen transversal est donc un enjeu stratégique en vue de rééquilibrer la relation euro-atlantique, pour l'heure très asymétrique. Un tel système européen de lutte contre la corruption permettrait d'établir les conditions d'un niveau de jeu égal entre l'Union européenne et les États-Unis, dès lors qu'au sein du marché unique les mêmes dispositifs de prévention et de lutte contre la corruption seront mis en œuvre.

Une politique européenne de cette ampleur permettra de poursuivre efficacement les efforts engagés par la France et d'asseoir la souveraineté européenne dans le combat mené pour l'intégrité de la vie économique.

* * *

Les enjeux de *compliance* sont aujourd'hui devenus une priorité pour les entreprises, tant sur le plan national qu'international. La vague de réformes législatives visant à renforcer les règles en matière de lutte anticorruption, de devoir de vigilance ou de fraude, constitue une opportunité historique de protéger un modèle économique et social dans le respect des valeurs éthiques.

A ce titre, les différentes législations mises en place en France ces dernières années ont répondu à une double nécessité : d'une part, renforcer l'efficacité des dispositifs français de lutte contre la corruption et la fraude en les mettant au niveau des meilleurs standards internationaux ; d'autre part, d'offrir une meilleure protection aux entreprises françaises en démontrant la capacité de la France à sanctionner ses propres entreprises.

Les enjeux de la *compliance* sont majeurs pour les entreprises : crédibilité, compétitivité, réputation, sanctions financières, confiance des investisseurs, attractivité pour les jeunes talents, etc. L'application des règles de *compliance* au sein des entreprises françaises est donc la clé de voûte leur garantissant une croissance durable.

Quand la compliance devient un avantage compétitif



OLIVIER CHADUTEAU

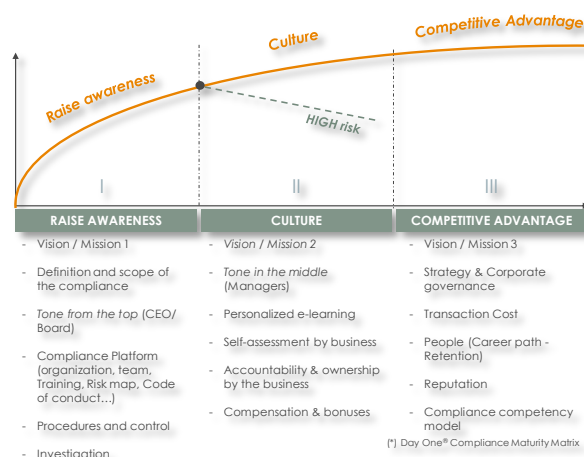
Associé-gérant
Day One, Paris

Les sujets portés par la fonction « *compliance* » ne cessent de croître au gré des nouvelles réglementations nationales ou internationales, que ce soient les lois anti-corruption, anti-fraude, anti-blanchiment, contre le financement du terrorisme ou plus récemment encore le règlement général pour la protection des données (RGPD¹) entré en application le 25 mai 2018.

Le réflexe premier de répondre « *a minima* » à cette abondance normative afin d'être « juste conforme » génère en réalité beaucoup plus de lourdeurs bureaucratiques et de coûts de mise en conformité que de véritablement lancer une démarche intégrée à la stratégie, à la culture et à l'image de l'entreprise. Pour Robert C. Bird & Stephen Kim Park², de plus en plus de ressources humaines et financières sont déployées dans la *compliance* et pourtant de plus en plus de cas d'échecs prolifèrent. Un coût estimé, aux États-Unis, à 10 000 dollars par employé³.

En réalité, le développement de la fonction, de plus en plus nommée « *ethics & compliance* » doit permettre, à maturité, de développer un avantage concurrentiel pérenne pour l'entreprise et non pas lui générer des coûts sans réel ROI⁴. Pour ce faire, trois étapes sont nécessaires afin d'arriver à ce type de maturité (voir Figure 1 ci-après).

Figure 1



Définir et sensibiliser

La première phase peut se résumer en une phase de définition et de sensibilisation de l'ensemble des parties prenantes internes et externes de l'entreprise. Il s'agira surtout, en interne, de bien définir la « vision » de la *compliance* afin de fixer le cadre dans lequel s'inscrit son déploiement. Une fois encore, est-ce une « vision » de pure conformité ou est-ce une vision plus profonde et plus intégrée à la stratégie et à la culture de l'entreprise ? Cette « vision », ce à quoi l'entreprise aspire à long terme, sera la même durant les 3 phases de développement de la fonction *compliance*, contrairement à la « mission », ce que doit faire l'entreprise à court terme, qui devra être en cohérence avec le niveau de

¹Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

²R.C. Bird, S. K. Park, *Turning corporate compliance into competitive advantage*, University of Pennsylvania Journal of Business Law, 2016.

³W. Mark Crain & Nicole Cole V. Crain, *The Cost of Federal Regulation to the US Economy*, Manufacturing and Small Business 1 (2014).

⁴« Return On Investment » = Retour sur investissement.

maturité de la fonction dans l'entreprise. Une fois cette « vision » définie il s'ensuivra une série de définitions à mettre en place.

Partant de la cartographie des risques, qui « *se définit comme la démarche d'identification, d'évaluation, de hiérarchisation et de gestion des risques inhérents aux activités de l'organisation* »⁵, il faudra définir, le « *Tone from the top* », c'est-à-dire le message et l'impulsion de la Direction générale de l'entreprise, le périmètre et les thèmes de la *compliance* (anti-corruption, anti-fraude, protection des données, concurrence, le contrôle des exportations / embargos, conflits d'intérêts, cadeaux/dons, droits humains, égalité d'accès à l'emploi / discrimination, harcèlement, conformité environnementale, relations avec les tiers...), le code de conduite, les procédures, les points de contrôle, les investigations, les types de sanctions prévues, les formations et les évaluations qui en découlent, mais également et plus prosaïquement, la rédaction, la diffusion et le respect des clauses « *compliance* » diverses au sein des contrats... Il faudra, à travers le programme de « *compliance* », être clair sur ces sujets et leur priorité (en fonction des secteurs d'activité, des géographies et juridictions concernées, de la taille de l'entreprise, de l'appel public à l'épargne ou non..., tous ces sujets ne sont pas à développer en priorité quand d'autres peuvent s'ajouter à cette longue liste) mais surtout sur les rôles et les interactions avec les fonctions juridiques, contrôle interne, audit interne, RSE (Responsabilité Sociétale des Entreprises), finance, *risk management* afin que l'ensemble des parties prenantes internes comprenne qui fait quoi et pourquoi. Une attention particulière pourra être portée sur la différence de rôle mais également sur la convergence et cohérence de points de vue entre la fonction « *ethics & compliance* » et la fonction « juridique » pour que les opérationnels ne fasse pas de « *cherry picking* »,

à savoir poser la même question à ces deux fonctions séparément et prendre la réponse qui les arrangent !

Cette première phase doit poser et documenter les grands principes (« Vision » et « *Tone from the Top* ») et mettre en place les politiques, fonctions, rôles, formations et procédures nécessaires à la compréhension par tous les collaborateurs de la nécessité de respecter l'ensemble des règles internes et externes s'appliquant à chacun pour la bonne conduite des affaires et le respect des parties prenantes internes et externes. Il s'agira de créer et de bien positionner la fonction de « *Chief Ethics & Compliance Officer* » (CCO) ainsi que, lorsque nécessaire⁶, de délégué à la protection des données ou « *Data Protection Officer* » (DPO) et l'ensemble des équipes, filières, correspondants, référents nécessaires à la bonne exécution des différents programmes et au déploiement des formations « *ethics & compliance* » auprès des populations cibles. La création de l'ensemble de ce dispositif risque de faire remonter un certain nombre de dysfonctionnements voire de fautes alors qu'auparavant rien ne remontait. Paradoxalement, c'est un bon signe ; c'est un indicateur démontrant que le déploiement de la fonction « *ethics & compliance* » est en bonne voie.

Développer une culture et des comportements

La célèbre citation de l'écrivain et professeur de littérature d'Oxford, Clive Staples Lewis, « *integrity is doing the right thing even when no one is watching* » correspond parfaitement aux objectifs de la phase 2, c'est-à-dire l'intégration de l'éthique et de la *compliance* dans les valeurs et la culture de l'entreprise. Ici, pour reprendre une autre citation célèbre, mais de Peter Drucker cette fois-ci, « *culture eats strategy for breakfast* », toute l'attention de cette deuxième phase de maturité consistera à être certain que la totalité des collaborateurs a compris, adhéré, mis en pratique et est évaluée au regard d'objectifs pas simplement

⁵ Définition donnée par l'Agence Française Anti-corruption (AFA).

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/af/2017-10-04 - Recommandations cartographie vd.pdf

⁶ Pour la CNIL : « la désignation d'un délégué est obligatoire pour : (1) les autorités ou les organismes publics, (2) les organismes dont les activités de base les amènent à réaliser un

suivi régulier et systématique des personnes à grande échelle, (3) les organismes dont les activités de base les amènent à traiter à grande échelle des données dites « sensibles » ou relatives à des condamnations pénales et infractions. » <https://www.cnil.fr/fr/devenir-delegue-la-protection-des-donnees>.

financiers mais également liés au déploiement de la fonction et de la culture « *ethics & compliance* ». En premier lieu, il s'agira de s'attaquer au « *Tone at the middle* », c'est-à-dire de s'assurer que les « managers » portent la bonne et même parole que la Direction générale et n'ont pas deux discours souvent opposés, un qui va dans le sens de la Direction générale et l'autre à destination de leurs équipes consistant à dénigrer voire à nier l'importance des objectifs décidés au plus haut niveau de l'entreprise sur ces aspects « *ethics & compliance* » et incitant plutôt leurs équipes à répondre aux objectifs financiers et commerciaux uniquement.

La communication, non pas sous sa forme « *command & control* », c'est-à-dire « descendante et unilatérale », mais sous sa forme « exemplaire et interactive » au sens, « je montre, explique et promeut un comportement en lien avec les valeurs et la politique « *ethics & compliance* » de l'entreprise » et « je suis exemplaire », a démontré toute son efficacité⁸ et ce, bien au-delà des aspects « punitions » et « sanctions » souvent mises en avant dans ce type de communication très hiérarchique⁹. La communication joue un rôle primordial par la répétition des messages et des exemples de comportements éthiques et adéquats. Elle diffuse et participe à l'instauration d'une culture. Elle doit dire, montrer, démontrer et valoriser les actions et comportements souhaités.

De plus, des formations personnalisées, et non pas standards comme cela peut être le cas dans la phase 1, c'est-à-dire utilisant des exemples concrets et pertinents pour le quotidien de l'intéressé, devront être développées afin que chacun puisse se projeter à travers des actions réelles et des décisions appropriées. Le développement du « *e-learning* » et notamment des plateformes de formations multimodales (« *blended-learning* ») facilitant la mise en place de parcours personnalisés utilisant des

moyens et media différents (audio, vidéo, articles, *chat room*, auto-évaluation, présentiel...) facilitent la transmission des savoirs et l'adhésion des collaborateurs. Toutefois, il faudra prendre en compte le profil des collaborateurs cibles et leurs conditions d'accès à ces formations. Dans de grands groupes internationaux, par exemple, nombre de collaborateurs n'ont pas accès à des ordinateurs personnels (PC), parlent différentes langues (pas forcément celle de la maison mère) voire ne savent pas lire. Il sera donc nécessaire de faciliter l'utilisation d'images, de dessins (beaucoup de groupes utilisent la bande dessinée pour faire passer leurs messages), de groupes de discussions, de cas et d'exemples pratiques...

Ces mêmes contraintes devront être prises en compte lors de la mise en place du dispositif d'alerte imposé par la majorité des lois anti-corruption. Des études ont même démontré que communiquer des exemples de comportements éthiques en amont de prises de décision ou d'actions à haut risque renforçaient les bons comportements et les bonnes décisions « éthiques »¹⁰.

Une culture éthique promeut l'éthique dans la prise de décision des décideurs. Elle va inciter les décideurs à prendre du recul, à faire appel à leur « système 2 »¹¹ et à reconnaître leurs biais cognitifs, à s'entourer d'avis différents et plutôt que de se laisser guider par leur « Système 1 » trop rapide, trop intuitif et laissant souvent le « biais de confirmation » prendre le dessus ; c'est-à-dire privilégier les informations et les données qui vont dans son sens, son hypothèse ou son objectif tout en négligeant les signaux, informations ou données inverses. S'inspirant de l'économie comportementale, plusieurs études en « éthique comportementale » proposent la théorie du « *nudging* » développée par R. Thaler et C. Sunstein¹² qui est une sorte de

⁷ Donald C. Langevoort, *Behavioral Ethics*, Behavioral Compliance 12 (2015).

⁸ Killingsworth, Scott. 2012. *Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture*. Georgetown Journal of Legal Ethics, 25, 961-87.

⁹ Tom R. Tyler et al, *The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures*, 50 California Management Review 31, 35 (2008).

¹⁰ Lisa L. Shu, Francesca Gino & Max H. Bazerman, *Dishonest Deed, Clear Conscience: When Cheating Leads to Moral Disengagement and Motivated Forgetting*, 37 PERS. SOC.

PSYCHOL. BULL. 330, 344 (2011). Dan Ariely, *The (Honest) Truth about Dishonesty: How We Lie to Everyone - Especially Ourselves*, HarperCollins Publishers Limited, 2012.

¹¹ Daniel Kahneman, *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, Flammarion, 2012.

¹² Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, University of Chicago Law Review, 2003. Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2008.

troisième voie entre la politique paternaliste qui impose et le libéralisme qui laisse la liberté de choix. Ce « *nudging* » consiste à redéfinir la situation dans laquelle une décision doit être prise afin d'influer sur « l'architecture du choix » dans le sens que souhaite soit l'entreprise soit le régulateur. A titre d'exemple de « *nudge* », faire signer en début de questionnaire une personne l'incite à apporter des réponses plus honnêtes que de la faire signer en fin de questionnaire. De même, l'ordre des questions peut avoir une influence forte sur le type de réponse, voire la corrélation de ces variables, ce que la psychologie cognitive appelle « l'amorçage ». Choisir des stratégies « d'*opt-out* » plutôt que « d'*opt-in* » permet d'imposer davantage un choix « par défaut »...

L'idée est bien de modifier ce que les deux auteurs appellent « l'architecture du choix » en rendant plus facile, plus aisé, plus rapide, plus simple le choix que l'on désire voir prendre par la personne concernée. Les applications vont bien évidemment au-delà de la *compliance* et se développent dans d'autres domaines tels le marketing, la politique, le *merchandising*, le commercial, la finance... pour ne citer que ceux-là. L'application du « *nudging* » en « *ethics & compliance* » peut effectivement avoir des effets positifs sur les prises de décision, mais ces décisions seront-elles prises en connaissance de cause et de façon parfaitement éclairée et objective ? Cela implique peut-être de se poser, en retour, quelques questions éthiques sur l'influence même (manipulation ?) que peut produire et introduire ce type de politique sur le libre-arbitre des personnes concernées¹³.

Par ailleurs, une partie conséquente des critères d'évaluations et le lien avec la reconnaissance et la progression dans l'entreprise sont incontournables. Et nous parlons bien ici de « reconnaissance » et pas seulement de « rémunération » car le message envoyé par la reconnaissance, au quotidien, a une portée à beaucoup plus long terme que la simple action ponctuelle de mieux rémunérer, même si cette dernière reste importante. Cette intégration de la

fonction « *ethics & compliance* » au cœur de la culture et des valeurs, permet de passer de l'aspect fonctionnel et structurel, souvent centralisé et centralisateur, à l'aspect comportemental allant dans le sens de la phrase de C.S. Lewis citée plus haut. Chacun devient ainsi propriétaire et responsable de ses actions et des externalités (coût privé et coût social¹⁴) qui en découlent, favorisant, ainsi que le prônait Max Weber¹⁵, « l'éthique de responsabilité » sur « l'éthique de conviction ». « *Il y a une opposition abyssale entre l'attitude de celui qui agit selon les maximes de l'éthique de conviction (...) et l'attitude de celui qui agit selon l'éthique de responsabilité qui dit : "Nous devons répondre des conséquences prévisibles de nos actes." (...) Lorsque les conséquences d'un acte fait par pure conviction sont fâcheuses, le partisan de cette éthique n'attribuera pas la responsabilité à l'agent, mais au monde, à la sottise des hommes ou encore à la volonté de Dieu qui a créé les hommes ainsi. Au contraire le partisan de l'éthique de responsabilité comptera justement avec les défaillances communes de l'homme (car, comme le disait fort justement Fichte, on n'a pas le droit de présupposer la bonté et la perfection de l'homme) et il estimera ne pas pouvoir se décharger sur les autres des conséquences de sa propre action pour autant qu'il aura pu les prévoir. Il dira donc : "ces conséquences sont imputables à ma propre action".* »¹⁶.

Le lien avec les valeurs de l'entreprise permettra d'asseoir les fondations d'une culture intégrant les valeurs « *ethics & compliance* » qui seront davantage comprises, vécues et donc appliquées. Il a été mesuré et démontré que lier le programme de *compliance* aux valeurs et à l'éthique (« *values-based compliance* ») importait davantage qu'un simple programme de *compliance* formel¹⁷. En termes de *compliance*, la culture est plus efficace que la procédure. Et pour renforcer cette culture et diffusion de celle-ci dans l'entreprise, il peut, non seulement, être intéressant d'intégrer l'équipe « *ethics & compliance* » à la politique de « hauts potentiels » de

¹³ Todd Haugh, *The Ethics of Intracorporate Behavioral Ethics*, California Law Review Online, April 2017.

¹⁴ Ronald Coase, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988.

¹⁵ Max Weber, *Le savant et le politique*, Plon, 10/18, Paris 1995.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Treviño, Linda Klebe, and Gary Weaver, David Gibson and Barbara Toffler, *Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts*. California Management Review, 41, 131-51 (1999).

l'entreprise, mais également d'imaginer que le parcours des « hauts potentiels » passe par la fonction « *ethics & compliance* ». Les bénéfices et apports mutuels n'en seraient que renforcés.

Enfin, d'autres études¹⁸ ont également démontré que les valeurs sont d'autant plus suivies et respectées qu'elles reflètent les propres valeurs des collaborateurs au sein de l'entreprise, ce qui inverse la proposition « d'appliquer les valeurs aux individus », mais plutôt de « recruter des individus qui possèdent déjà les valeurs souhaitées » et vont pouvoir naturellement en être les ambassadeurs tant en interne qu'en externe. Il y a une inversion complète du paradigme. Ce n'est plus l'entreprise qui évalue les collaborateurs par rapport au respect des valeurs, mais les collaborateurs qui évaluent l'entreprise par rapport au respect des valeurs promises. Il en est désormais de même chez le consommateur/client qui achètera plus facilement un produit/service à une entreprise dont les valeurs et comportements sont proches des siennes plutôt que l'inverse. Cette contrainte est à prendre en compte dans la stratégie même de l'entreprise afin qu'elle se transforme, comme nous le développerons ci-dessous, en avantage concurrentiel permettant d'attirer et de retenir les meilleurs talents mais également de conquérir et de fidéliser ses clients.

Faire de la *compliance* un outil de compétitivité

La troisième phase de notre modèle de maturité, s'appuyant bien évidemment sur les deux premières, consiste à ériger la *compliance* comme un outil de compétitivité de façon pérenne. Et par compétitivité, nous entendons, ainsi défini par Michael Porter¹⁹, « avoir des coûts moins élevés et avoir des produits/services différenciants ». Mais compte tenu des coûts de la *compliance* (10 000 dollars²⁰ par employé ainsi indiqué plus haut), comment est-ce possible ? En paraphrasant la phrase d'Abraham Lincoln, « Si vous trouvez que l'éducation coûte cher, essayez l'ignorance », nous pourrions dire « Si

vous trouvez que la *compliance* coûte cher, essayez la non-*compliance* ». A elles seules les banques ont payé 321 milliards de dollars d'amendes depuis la crise de 2008, d'après une étude de 2017 du Boston Consulting Group²¹. Mais surtout il faut rappeler que la compétitivité est relative et contextuelle car elle se construit par rapport à des concurrents sur un marché défini et permet non seulement de créer un avantage concurrentiel vis-à-vis des concurrents existants, mais également de créer des barrières à l'entrée vis-à-vis d'entreprises souhaitant arriver sur ce même marché. Rappelons-ici que « *competition in the relevant sense occurs when a number of firms offer to a common group of buyers a group of products that the buyers view as close substitutes* »²². Ensuite, ainsi que nous le verrons plus loin, elle pose la question du « *make-or-buy* », ou plus précisément du mode de gouvernance choisi : le marché (système de prix), la firme (hiérarchie), la forme hybride (le contrat). Enfin, la différenciation est un des éléments essentiels à la préférence clients et à la capacité des agents économiques d'autodéterminer leur prix sur un marché bénéficiant dès lors d'une élasticité prix nulle voire positive comme il est coutume de le voir dans l'industrie du luxe par exemple. Pour ce faire, la *compliance* devra être totalement intégrée à la stratégie et en être membre à part entière tant dans l'élaboration que dans son pilotage. Il s'agit de démontrer pourquoi et comment l'entreprise fait des affaires à travers l'ensemble de sa chaîne de valeur, parties prenantes internes et externes comprises, et d'organiser les règles de gouvernance et de fonctionnement de l'ensemble des instances de l'entreprise avec la même cohérence et pertinence. Ainsi que l'indiquait Angel Gurría, Secrétaire général de l'OCDE en 2014, « *The prevention of business crime should be at the centre of corporate governance* ». Les travaux de l'OCDE et notamment le « TNB Project » (*Trust and Business Project*)²³ n'ont fait que confirmer cette nécessité. A ce niveau de maturité, l'éthique et la *compliance* sont intrinsèquement liées à la gouvernance d'entreprise

¹⁸ Tom R. Tyler et al, *The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures*, 50 California Management Review 31, 35 (2008).

¹⁹ Michael E. Porter, *Competitive Advantage – creating and sustaining superior performance*, The Free Press, 1985.

²⁰ *Ibid*

²¹ <https://www.bcg.com/publications/2017/financial-institutions-growth-global-risk-2017-staying-course-banking.aspx>

²² Joe S. Bain, *Industrial Organization*, John Wiley & Sons, Inc., 1968.

²³ OECD – *Corporate Governance and Business Integrity, A Stocktaking of Corporate Practices*, 2015.

et au pilotage de la vie des affaires. Certains proposent même d'avoir une approche systémique de l'éthique et de la *compliance* depuis la formation dans les universités et les « *business schools* » jusqu'à la façon même de faire des affaires²⁴.

De notre point de vue, 4 avantages peuvent être mis en avant²⁵ :

- **la réduction des coûts de non-conformité** : Faire « bien » du premier coup ! et surtout ne pas payer d'amendes alors que ses concurrents en paient ou ne pas être victime d'une campagne négative, notamment à travers les réseaux sociaux²⁶, pouvant générer une chute des ventes ou ternir fortement voire irrémédiablement l'image de marque en quelques minutes,

- **la construction et la préservation de la réputation** : facteur de différenciation par excellence permettant la préférence aux yeux des parties prenantes internes et externes et notamment des consommateurs/clients. A ce titre, on constate de plus en plus de rapprochement entre la fonction CSR (« *Corporate Social Responsibility* ») et la fonction « *ethics & compliance* »,

- **l'attractivité et la rétention des talents** : aujourd'hui plus qu'hier, la « guerre des talents » est un enjeu majeur pour les entreprises, savoir attirer et retenir les meilleurs est un avantage concurrentiel fondamental et ce, d'autant que la génération Y et la Z à venir sont difficiles à convaincre sur la durée. Avoir une marque employeur forte et reconnue sur le marché, communiquer et vivre ses valeurs, ainsi indiqué précédemment, sont autant d'éléments scrutés de près par ces générations au moment de poser leur candidature. Une collaboration forte entre le « *Chief Ethics & Compliance Officer* » et le Directeur des Ressources Humaines ou du Capital Humain est à favoriser.

- **la capacité à croître sur davantage de marchés** : l'accès aux appels d'offres, *joint-venture*, alliances,

être en mesure de répondre aux barrières réglementaires à l'entrée à moindres coûts financiers ou humains... De plus en plus de sociétés ne souhaitent plus (ne peuvent plus !) faire affaire avec des sous-traitants, intermédiaires, distributeurs, clients... n'ayant pas formalisé et mis en place une politique « *ethics & compliance* » réelle et surtout opérationnelle.

En outre, et afin d'aller encore plus loin dans l'avantage compétitif, la *compliance*, contre toute attente, peut (et doit) être un moyen pour réduire les coûts de transaction. Et par « coûts de transaction » nous nous référons ici à Ronald Coase, Prix Nobel d'économie en 1991 et père du concept : « *lorsque l'on souhaite opérer une transaction sur un marché, il est nécessaire de rechercher son ou ses cocontractants, de leur apporter certaines informations nécessaires et de poser les conditions du contrat, de conduire les négociations instaurant ainsi un véritable marché, de conclure le contrat, de mettre en place une structure de contrôle des prestations respectives des obligations des parties* »²⁷.

On le voit bien à travers cette définition structurée comme un processus transactionnel, la *compliance*, tout comme la fonction juridique d'ailleurs, a un rôle majeur à jouer afin de réduire et non pas d'ajouter des coûts aux coûts de transaction. Prenons l'exemple d'une acquisition. Bien évidemment, des « *due diligence* » *compliance* devront être réalisées, mais il est également indispensable que la *compliance* évalue en termes financiers, pénaux et réputationnels l'impact des risques de non-*compliance* de la cible ainsi que les coûts d'une mise à maturité de celle-ci pour l'intégrer au sein de l'entreprise (« *post-merger compliance integration* ») puis dans l'exploitation au quotidien au sein des OPEX. La valorisation et le prix de la cible et surtout les synergies espérées *post-acquisition* peuvent alors avoir une tout autre réalité. La décision de faire ou ne de pas faire ladite opération pourrait également être questionnée, permettant désormais à la

²⁴ Voir le think tank mis en place par Pr. Jonathan Haidt, PhD et Professeur en « *Ethical Leadership* » à New York University's Stern School of Business : <https://www.ethicalsystems.org>

²⁵ Olivier Chaduteau et Aurore Marie, *Faire de la compliance un outil de compétitivité*, n°304, Option Droit & Affaires, 20/04/2016.

²⁶ 4,2 milliards d'individus sur les 7,6 milliards d'habitants sur la planète ont accès à Internet (<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>) avec plus de 3 milliards d'utilisateurs de réseaux sociaux.

²⁷ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, Editions d'Organisation, 2005.

compliance d'être, si ce n'est un des outils de la création de valeur, du moins une des conditions.

En des termes économiques, et notamment dans le prolongement des travaux de Ronald Coase²⁸ puis d'Oliver Williamson²⁹ et du courant néo-institutionnaliste en économie, nous pensons que la *compliance* doit jouer un rôle important sur le mode de gouvernance à privilégier afin de réduire les coûts de transaction et apporter un éclairage aux décideurs de l'entreprise. Pour chaque transaction, l'analyse des coûts globaux, des risques et du mode de gouvernance utilisé doit être également passée au filtre de la *compliance* afin d'être la plus complète possible aux côtés des 3 autres filtres définis par Oliver Williamson³⁰, « *les trois principales dimensions pour décrire les transactions sont la fréquence, l'incertitude et la spécificité des actifs* ».

- **La spécificité des actifs** : pour Williamson, « *La spécificité d'un actif se définit en référence au degré avec lequel un actif peut être redéployé pour un autre usage ou par d'autres utilisateurs sans perte de sa capacité de production.* »³¹

- **L'incertitude** : d'un point de vue interne, l'incertitude concerne les tâches qui devront être réalisées en interne et donc, « *la capacité des agents à maîtriser les composantes de la production ou du service comme l'obtention d'une exigence de qualité lors d'un transfert de technologie* »³², et d'un point de vue externe, l'ensemble des éléments incontrôlables comme la réglementation, la fiscalité, la technologie, la concurrence... Là encore, concernant l'incertitude externe, et notamment l'environnement réglementaire, l'équipe « *ethics & compliance* » aura toute sa valeur à apporter.

- **La fréquence** : le degré de répétition de la transaction. Pour un produit simple, tel un *smartphone*, la fréquence est élevée voire forte, pour une centrale nucléaire la fréquence est très faible.

« Plus les biens échangés sont standards, c'est-à-dire ayant un très faible niveau de spécificité des actifs, et d'incertitude interne, plus les transactions seront fréquentes, plus le marché sera le mode de gouvernance choisi. Par contre, plus la spécificité des actifs et l'incertitude interne seront élevées et la fréquence des transactions sera faible, plus on aura affaire à un contrat ou à une opération interne au sein d'une hiérarchie. »³³.

Si, ainsi indiqué plus haut, la « vision » de la fonction « *ethics & compliance* » doit être la même afin d'arriver à développer un avantage compétitif, la « mission », elle, évolue à travers chacune des 3 phases de maturité : « Mission 1 » ; « Mission 2 » ; « Mission 3 ». Il en est de même de la constitution de l'équipe et surtout des compétences nécessaires. Ainsi, ce qui pouvait nécessiter des compétences et être le cœur de la mission de l'équipe « *ethics & compliance* » en phase 1 doit pouvoir être revu à travers le filtre du « faire ou faire faire ». En effet, certaines tâches devront être réalisées à travers la mise en place de processus, voire à l'aide d'outils d'intelligence artificielle à l'instar du processus « *Know Your Customer* » (KYC), d'autres pourront être déléguées aux opérationnels, plus près des risques, via « l'auto-évaluation » par exemple ou l'utilisation d'arbres de décision, et d'autres seront entrées totalement dans le fonctionnement quotidien de l'entreprise avec ou sans « *nudge* » !

Cette analyse permettra en phase 2 puis 3 de dégager du temps aux équipes « *ethics & compliance* » afin de développer d'autres compétences pour se concentrer davantage sur les sujets plus stratégiques et plus risqués ainsi que nous avons essayé de le démontrer pour chacune des phases décrites. L'identification et le développement des compétences et des rôles de l'équipe « *ethics & compliance* » est clef sur ce chemin de l'avantage compétitif. On le comprendra facilement, un « *compliance officer* » en phase 3 n'a pas du tout le même profil, les mêmes

²⁸ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, Economica, n.s., 4, 1937.

²⁹ Oliver E. Williamson, « *The Economic Institutions of Capitalism* », The Free Press, 1985.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Michel Ghertman, « *Oliver Williamson : un nobel pour l'économie de la gestion* », Revue Française de Gestion, 2010/1 n° 200 | pages 69 à 75.

³³ Michel Ghertman, « *Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction* », Revue Française de Gestion, 2006/1 (no 160), pages 191 à 213.

compétences et encore moins le même descriptif de poste qu'en phase 1.

Au-delà de ses compétences et expertises techniques, le « *Chief Ethics & Compliance Officer* » devra faire preuve de trois qualités majeures : le « *leadership* », le « courage » et la « force de conviction » pour faire parcourir à l'ensemble de l'entreprise et de ses parties prenantes l'ensemble de ces 3 phases afin de trouver le chemin de la compétitivité. Mais nous pensons que le nouveau paradigme qui s'ouvre à nous - donnant davantage de place à l'intelligence artificielle et donc à des décisions prises de plus en plus

rapidement et automatiquement - nécessite ces 3 qualités et surtout une Société et des sociétés dans lesquelles l'éthique et la *compliance* apportent davantage qu'elles n'imposent, promeuvent plus qu'elles ne sanctionnent, allègent plus qu'elles n'alourdissent mais surtout aident à se poser les bonnes questions et à y répondre. Au-delà de convaincre les femmes et les hommes de l'entreprise, il s'agira demain de construire des algorithmes, notamment à travers le « *reinforcement learning* », qui prennent en compte et promeuvent ces valeurs plutôt que d'autres. C'est sans doute la phase 4 de notre modèle qu'il nous reste encore à écrire !

L'ère de la transparence et le paradigme de l'avocat



PIERRE-OLIVIER SUR

*Bâtonnier Doyen de l'Ordre des Avocats de Paris
Associé cabinet FTMS Avocats*

MATHIAS CHICHPORTICH

*Auteur de « Mortelle transparence » (Editions Albin Michel)
Associé cabinet FTMS Avocats*

Au règne de l'image, une information chasse l'autre mais certaines marquent les esprits. Nul doute que l'image du puissant Président de l'Alliance Renault-Nissan-Mitsubishi escorté par la police japonaise à la descente de son avion marquera durablement le monde économique. Si au jour de la rédaction de ces lignes, on en sait davantage sur la taille de la cellule de Carlos Ghosn que sur le fond du dossier, tout aura commencé par une enquête interne. Alors le *bad buzz* mondial qui aura suivi, laissera des traces sur l'image de la marque au losange et constituera une véritable première sur la portée d'une enquête interne...

Indépendamment de la singularité de cette affaire qui tient également aux spécificités de la procédure pénale japonaise, ce dossier illustre un mouvement de fond et un nouveau défi pour les entreprises : assurer la *transparence* (1.) tout en limitant ses effets pervers (2.). Au cœur de cet enjeu, il y a le paradoxe de l'avocat : autrefois « professionnel de la défense » avec tous les moyens possibles à sa disposition pour y parvenir, jusqu'à l'accompagnement du mensonge de ses clients ; aujourd'hui « expert conseil juridique » dans une logique de sécurité, qui suppose non seulement la *vérité* mais aussi la *transparence*. Pour la profession d'avocat, c'est un changement de paradigme (3.).

1. Assurer la transparence : des *compliance* aux *data officers*

Pour assurer la *transparence* la France dispose désormais d'un cadre juridique clarifié. Deux textes majeurs imposent aux « grandes » entreprises des

obligations dites de *compliance*. La loi du 9 décembre 2016 (Sapin 2) et celle du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre consacrent un nouvel environnement fondé sur une logique de responsabilisation effective.

En premier lieu, ces textes imposent un standard de conformité en matière de lutte contre la corruption, de trafic d'influence et plus largement concernant le respect des droits humains (y compris environnementaux et sanitaires). C'est le sens des nombreux dispositifs de prévention mis en place : cartographie des risques, procédures d'évaluation de la situation des clients et fournisseurs, élaboration d'un code de conduite intégré au règlement intérieur, formation des personnels exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence.

En second lieu, la loi Sapin 2 crée un mécanisme de protection des lanceurs d'alerte. Initialement réservé aux faits de nature pénale, le dispositif s'est progressivement élargi, intégrant désormais la révélation de menaces ou de préjudices graves pour l'intérêt général. Pour ce faire, les entreprises doivent mettre en place un cadre gradué qui permette de recueillir les signalements. Ça n'est qu'à défaut de diligence du référent désigné que le lanceur d'alerte pourra s'adresser aux autorités judiciaires ou administratives. En ultime recours ou en cas de particulière gravité, le signalement pourra être rendu public. Afin d'éviter les abus, le législateur précise que pour être protégé le lanceur d'alerte exerce son droit sans espoir d'un avantage propre, ni volonté de nuire à autrui.

Dans un tout autre registre, la nouvelle réglementation applicable aux données personnelles constitue un autre instrument de *transparence*. Les textes imposent la mise à disposition d'une information claire, intelligible et aisément accessible aux personnes concernées. Les utilisateurs doivent donner leur accord pour le traitement de leurs données, ou pouvoir s'y opposer, la charge de la preuve d'un consentement « non ambigu » revenant au responsable de traitement. Par ailleurs, ces derniers doivent mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires au respect de la protection des données personnelles « par défaut » et « dès la conception » d'un produit ou d'un service. Enfin, un Délégué à la Protection des Données est désigné notamment dans les entreprises dont les activités principales les amènent à réaliser un suivi systématique des personnes à grande échelle. Véritable chef d'orchestre de la protection des données au sein de l'organisme, il est chargé de contrôler le respect du Règlement européen et d'être le point de contact avec l'autorité de régulation. En cas de méconnaissance des dispositions du Règlement, les responsables de traitement peuvent faire l'objet de sanctions administratives allant du simple avertissement à des amendes de 4% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'entreprise.

Pour l'heure, il est un peu tôt pour dresser un bilan de ces dispositifs de *compliance* au sens large. Seront-ils suffisamment dissuasifs pour inciter les très grandes entreprises (en particulier du numérique) à l'autorégulation ? Leur formatage freinera-t-il, sur des marchés hyperconcurrentiels, la croissance des moyennes entreprises ? Sauront-ils s'adapter aux grandes mutations économiques et technologiques ? En tout état de cause, la *compliance* reste un instrument et ne peut être une fin en soi. Et l'autre défi des entreprises est de parvenir à limiter les effets pervers d'une injonction subliminale et permanente à la *transparence*.

2. Limiter les effets pervers de la transparence : protéger les secrets légitimes et l'image

Systématiquement ramené dans l'opinion publique à une opacité suspecte, le secret des affaires est pourtant essentiel dans un monde économique où l'information et la connaissance deviennent des actifs immatériels de plus en plus stratégiques. Dans un contexte de connexion généralisée, les entreprises sont

de plus en plus vulnérables. La toile est un lieu de création mais aussi un fantastique outil de détournement et d'acquisition frauduleuse d'informations.

Contrairement à l'opinion la plus répandue, les grands groupes ne sont pas nécessairement les cibles les plus exposées aux atteintes au secret des affaires. Dotés de services de sûreté et de procédures dédiées, ils disposent d'infrastructures permettant de dissuader certaines tentatives de vols ou d'intrusions. A l'inverse, les PME, PMI et TPE sont au cœur des préoccupations. Souvent innovantes, elles détiennent des savoir-faire industriels parfois uniques et elles sont mal préparées à affronter le risque de pillage de leur patrimoine immatériel.

C'est pourquoi la directive européenne dite secret des affaires a été adoptée le 8 juin 2016 et transposée en droit français en juillet dernier (Directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites). Désormais les entreprises disposent d'instruments plus clairs pour protéger leurs secrets.

Au civil, les articles L. 152-1 et suivants du Code de commerce définissent la notion, son champ d'application et les mesures pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires.

Au pénal, les incriminations de vol, d'abus de confiance, de violation du secret professionnel ou d'atteinte à des systèmes de traitement automatisé de données sont susceptibles de s'appliquer.

Quelques exceptions toutefois à l'application de ces principes parmi lesquels la nécessaire protection des lanceurs d'alerte et du droit à la liberté d'expression et de communication. C'est à ce niveau que se situe l'essentiel des enjeux juridiques et pratiques, le juge devenant en dernier ressort l'arbitre de la bonne et de la mauvaise *transparence*. Le sujet dépasse alors la simple question du secret et touche à la protection de l'image de l'entreprise dans un contexte où la circulation de l'information demeure de plus en plus anarchique.

Voilà un autre défi pour les entreprises : résister à la pression du tribunal du *Buzz*. Au sein de ce prétoire virtuel, pas de juge indépendant pour dire le droit ni d'avocat pour assurer les droits de la défense. La foule numérique condamne sans enquête. Elle

lynche sans preuve, ni scrupule. La parole de l'expert ou du sachant est diluée dans la masse des contributions individuelles, nourrissant un poujadisme numérique : *fake news*, dénigrement, diffamation...

Selon une étude publiée par un cabinet d'avocats américain¹, moins d'une heure est nécessaire pour qu'une information publiée sur la toile dépasse les frontières de son pays d'origine et soit hors de contrôle. A partir de 24 heures, 69% des crises deviennent internationales avec une moyenne de 11 pays atteints par l'information.

Pour faire face à ces situations les entreprises disposent de nombreux instruments juridiques : la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, celle du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, l'incrimination de diffusion de fausses informations prévue par l'article L. 465-3-2 du Code monétaire et financier ou tout simplement la mise en jeu de la responsabilité civile sur le fondement du dénigrement. La loi dite *fake news* (Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information) aurait pu être l'occasion d'un renforcement des dispositifs de protection de l'image mais son champ d'application s'est essentiellement restreint aux périodes électorales.

Au cœur de cet enjeu se situe la question de la responsabilité des plateformes qui bénéficient d'un régime juridique spécifique. Elles ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent. En revanche, en cas de notification d'un contenu manifestement illicite, leur responsabilité peut être engagée si elles n'ont pas agi promptement pour retirer ou rendre inaccessible le contenu en question.

Certes perfectibles, en particulier s'agissant des délais de traitement des actions judiciaires (à Paris, il faut trois ans pour obtenir une décision définitive en diffamation), ces dispositifs sont autant d'instruments à la disposition des entreprises pour protéger leur image. Stratégie judiciaire et médiatique doivent alors être menées de conserve pour réguler les effets pervers de la *transparence*.

3. Du mensonge à la transparence : le paradoxe de l'avocat

La *compliance* exportée par la *common law* dans notre système de droit continental a renversé certains grands paradigmes de la profession d'avocat.

Le mouvement a commencé lorsque les barreaux ont absorbé les conseils juridiques (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques). Désormais la grande profession d'avocats allait pouvoir, non plus se limiter à défendre des personnes privées *ex post* par rapport à l'infraction, mais aussi conseiller, personnes physiques comme personnes morales, *ex ante*, afin d'éviter l'infraction.

Un puissant barreau d'affaires s'est ainsi développé à Paris, dont la politique des Bâtonnier successifs (de Philippe Lafarge à Jean Castelain) n'a eu cesse de regarder les cabinets internationaux avec les yeux de Chimène, au point qu'il y a aujourd'hui plus de cabinets anglais à Paris qu'à New York et plus de cabinets américains à Paris qu'à Londres. Cette nouvelle force est un succès pour la capitale de la France qui est devenue l'une des principales places de droit au monde.

Parallèlement c'est un véritable métissage juridique qui en est ressorti. En effet les structures internationales emploient environ 7 000 avocats sur 30 000 avocats parisiens. Elles assurent donc une formation continue qui fait le lien entre *common law* et *droit continental*.

Alors, arriva ce que nul n'avait imaginé : l'avocat, qui depuis Démosthène et Cicéron avait pour devoir de défense, sous le sceau du secret professionnel, d'accompagner le client jusqu'au silence et parfois même jusqu'au mensonge, allait désormais participer à la sécurité juridique *via* la *transparence* et la *vérité*.

Donc, la vérité comme nouveau devoir de l'avocat ! Et c'est bien ! Alors, on abandonne enfin la caricature des baveux ventripotents dessinés par Daumier, gesticulateurs, cupides et menteurs...

Nous avons consacré l'Université d'hiver du barreau de Paris à ce thème en novembre 2016, à partir du constat selon lequel l'image de l'avocat dans la

¹ « *Bad buzz 2013 : Findus, Barilla, Abercrombie... Les échecs marketing de l'année* », Huffingtonpost.fr, 27 décembre 2013

société souffre de deux tares : le mensonge et l'imprévision sur les honoraires.

Donc pour l'avocat moderne il y a un nouveau devoir et une nouvelle exigence de *transparence* et de *vérité*... Or, il s'agit d'un changement de paradigme fondamental. Non seulement pour le barreau, mais aussi pour la justice ! Qu'on en juge... le mot *vérité* ne figure pas dans le serment de l'avocat qui, dans sa dernière version réécrite par Robert Badinter, Ministre de la Justice en 1982, et complétée par la loi du 31 décembre 1990, se concentre sur « *la dignité, la conscience, l'indépendance, la probité, l'humanité* ». Le mot *vérité* ne figure pas non plus dans le serment du magistrat « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* », ni dans le serment des jurés, lesquels jurent et promettent : « *d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre l'accusé ; de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après leur déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de se rappeler que l'accusé présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de se décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant leur conscience et leur intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre ; et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de leurs fonctions* », ni dans la définition de l'intime conviction qui vaut pour les affaires correctionnelles et criminelles. L'article 353 du Code de procédure pénale la définit comme suit : « *Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la*

mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? ». Plus généralement encore, on peut dire que nulle part dans le Code de procédure pénale ne figure le mot *vérité*, sauf pour le serment du témoin : « *les témoins prêtent le serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité* » (article 331 du Code de procédure pénale), et pour le périmètre des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction qui participe à « *tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* » (article 81 du Code de procédure pénale). Même le serment d'expert ne comporte pas de mention de la *vérité*. L'article 6 de la loi du 29 juillet 1971, intégré aux articles 160 et 168 du Code de procédure pénale précise : « *Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts prêtent serment, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience* ».

Mais, si le mot *vérité* est tabou, celui de *transparence* est proscrit. Pour Daniel Soulez-Larivière, « *un avocat transparent est un avocat mort* »².

Avec la *compliance*, l'avocat intervient avant la saisine du magistrat ce qui entraîne un effet de substitution – comme avec tous les modes alternatifs de règlement des litiges (MARD) depuis le programme J21 (loi de modernisation de la Justice du 21^e siècle, publiée au Journal Officiel du 19 novembre 2016) qui était une belle opportunité pour le Ministère de la Justice en période de pénurie (en 30 ans le nombre d'avocats a été multiplié par six, tandis que celui des magistrats est resté à peu près stable) ! Avec la *compliance* l'avocat n'a d'autre mission que de détecter les racines du mal pour, soit prévenir le procès, soit si c'est trop tard, l'éviter *via* une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

Le mot *compliance* se traduit en français par *conformité*. C'est une procédure globalisée donc transverse - relevant d'un corpus de droit international - aux fins d'un management des risques juridiques de l'entreprise.

C'est donc d'une culture nouvelle dont il s'agit, qui impose aussi de revoir les lignes de la déontologie des barreaux, afin que l'entreprise ne soit pas prise

² D. Soulez-Larivière, *La Transparence et la vertu*, éditions Albin Michel, 2014.

au piège d'un enquêteur *canada dry* de la police ou du parquet parce que déguisé en avocat !

Il convient ici d'en poser les lignes directrices, mises en place par le rapport Grandjean qui a été présenté au Conseil de l'Ordre du barreau de Paris le 13 septembre 2016 (intitulé « Recommandations pour l'avocat chargé d'une enquête interne »). Pour ce faire, reprenons les chapitres de la nouvelle offre proposée par les avocats, en application de la toute récente loi Sapin 2 inspirée du *Bribery Act* britannique de 2010.

On connaît son périmètre d'application : les entreprises de plus de 500 salariés ou réalisant plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires. Et on sait aussi que ladite loi instaure trois types de mesures : un statut pour les lanceurs d'alerte ; un contrôle interne de conformité dite de *compliance* ; et un évitement du procès caractérisé par une procédure administrative voire *in fine* la transaction pénale (CJIP).

A chaque étape l'avocat est acteur.

Concernant les lanceurs d'alerte, l'avocat par son statut, son éthique et sa posture s'interdit évidemment d'en endosser l'habit de dénonciateur. C'est une application claire et nette de la règle du secret professionnel, n'en déplaise à certains députés anciens avocats qui ont prétendu le contraire pendant les débats parlementaires. L'article 6 de la loi, dans sa version définitive, exclut heureusement du régime de l'alerte « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client* ». Pourtant, le rapporteur du projet de loi François Pillet s'était positionné contre la mise en place d'une procédure particulière aux avocats.

Pour le contrôle de conformité, l'avocat mandaté par l'entreprise peut à juste titre définir la cartographie

des risques, écrire le règlement intérieur et procéder aux enquêtes internes. Il doit alors se fixer deux lignes jaunes. D'abord, se comporter en avocat avec délicatesse, et non en enquêteur avec brutalité, ou en procureur avec la sanction en ligne de mire. Ensuite, rappeler les termes de son mandat à la personne qu'il interroge et les conséquences concernant l'application des règles du secret professionnel – le secret le lie à la personne morale qui le mandate et non à la personne physique qu'il auditionne.

Enfin, l'avocat va pouvoir accompagner l'entreprise dans le cadre de la procédure administrative et s'il le faut de transaction pénale. En revanche il ne pourra certainement pas plaider devant le conseil de prud'hommes pour ou contre le salarié qu'il aura questionné pendant la procédure de *compliance* et qui aura été licencié parce que ladite enquête avait révélé qu'il participait à un système de corruption.

* * *

En somme, il convient de se poser la question de savoir si le mouvement actuel résulte d'une influence de la *common law* dont les effets pervers commencent à se ressentir, ou s'il s'agit d'un calcul de coût d'opportunité pour la Place Vendôme et Bercy qui cherchent à décongestionner le service public de la justice et à faire des économies. Comment ?

En substituant à l'*imperium* de la *juris dictio* des magistrats des voies alternatives de règlement des litiges, soit une forme de privatisation du système judiciaire au bénéfice des médiateurs et des avocats, c'est l'équilibre du contentieux qui a été modifié... En tout état de cause, la *compliance* crée de nouvelles offres qui sont tellement significatives qu'elles modifient jusqu'au paradigme de la défense, pour la profession d'avocat.

Réputation et compliance, quels enjeux ?



ROSE-MARIE MÉLIK PARSADANIANTZ

Group Ethics and Compliance Chief Officer, EDF

JEAN CHUILON-CROLL

Compliance advisor, EDF

Doctorant en droit privé

Il y a dix ans, au milieu de la crise financière, une étude réalisée par *The Economist*¹ sur une importante population de dirigeants témoignait que 44% d'entre eux considéraient l'atteinte à la réputation de l'entreprise comme la conséquence la plus importante d'un défaut de conformité réglementaire². Depuis lors, non seulement les réseaux sociaux ont démultiplié les enjeux relatifs à la réputation des entreprises (une information fait le tour du monde en quelques heures, avant même d'avoir pu être démentie ou démontrée), mais la *compliance* s'est imposée à part entière dans le paysage juridique français.

Au-delà, si la réputation est intrinsèquement liée aux enjeux de la *compliance*, c'est sans doute parce qu'elle s'est rapidement révélée en être le meilleur catalyseur possible. En effet, le terme importé tel quel des États-Unis témoigne bien de l'acculturation qu'il a fallu (et faut encore) aux entreprises, et même au paysage juridique français, pour s'y conformer³.

Susciter chez les entreprises françaises cette démarche d'intégrité active, d'internalisation des lois et règlements, a rendu nécessaire le recours au levier de la réputation. Les entreprises se plient au jeu de ce monde nouveau⁴ pour protéger (voire développer) leur patrimoine réputationnel⁵, bientôt suivies par l'ensemble des parties prenantes de la *compliance*, au point que l'on puisse s'inquiéter que les enjeux de réputation prennent parfois le pas sur la véritable *compliance*.

Si, à la suite de Marie-Anne Frison-Roche, on comprend la *compliance* comme n'étant pas seulement l'obligation de mise en conformité mais bien « l'obligation de donner à voir cette mise en conformité »⁶, on établit encore mieux sa proximité avec la réputation. A plus forte raison lorsque la réputation est-elle même caractérisée par Gloria Origgi⁷ comme une « information sociale essentielle pour qu'un groupe développe des normes morales »⁸.

¹ The Economist Intelligence Unit, *From burden to benefit: making the most of regulatory risk management* : The Economist, 2008.

[graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/Risk%20management.pdf]

² C. Roquilly, *De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique* : Cahiers de droit de l'entreprise, n° 6, novembre 2009, dossier 34.

³ M.-A. Frison-Roche, *Le Droit de la compliance* : D.2016, Chron., 29 septembre 2016, n°32.

⁴ Pour reprendre le titre de l'ouvrage collectif sous la direction d'Antoine Gaudemet aux éditions d'Assas, 2016.

⁵ D.-A. Delavoët, A. Dupui-Castérès et L. Benatia, *Valeur de marque et réputation : un enjeu majeur de la nouvelle gouvernance* : *Sécurité et stratégie* 2011/2 (6), pp. 9 à 20.

⁶ M.-A. Frison-Roche, *Le Droit de la compliance, working paper*, 2016 [mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance/]

⁷ G. Origgi, philosophe et chercheuse au CNRS, spécialiste de la réputation, auteure notamment de *Reputation, what it is and why it matters*, Princeton University Press, 2017.

⁸ La réputation comme la *compliance* ne sont pas tant un objet que le discours sur cet objet : la réputation n'est pas seulement l'opinion mais la mise en mots de l'opinion ; elle est une opinion sur une opinion selon G. Origgi. La *compliance* suit la même logique : elle n'est pas seulement une mise en conformité mais le fait de donner à voir cette mise en conformité, selon M.-A. Frison-Roche.

1. Le levier de la réputation, adjuvant de la *compliance* dans le paysage juridique français

La réputation comme rémunération de la *compliance*

C'est d'abord parce qu'elle représente un coût non négligeable que la *compliance* décourage les organisations. La diminution du risque d'être confronté à une fraude, à un partenaire fraudeur, et aux sanctions afférentes ne suffit pas toujours à le compenser. C'est lorsqu'elle constitue en retour une occasion de recette par la publicité qui peut en être faite qu'elle convainc⁹. Le marché des normes, accréditations et autres certifications, dynamisé par la *compliance*, en offre sans doute une matérialisation.

Pour ne pas troubler le jeu du marché, c'est par une force de marché qu'il faut amener les organisations à la *compliance*. On peut justement identifier les médias comme une de ces forces de marché, à la suite de l'économiste Philippe Aghion dans ses travaux sur la *corporate social responsibility*.¹¹ Plus radicalement encore avec Manfred Milinski, l'enjeu de la *compliance* (pour le bien public) peut être ramené à celui de la « *tragedy of the commons*¹² » (pour les biens publics) : en l'absence de réciprocité, aucune vertu n'émerge au sein du jeu social, et ce qui est public est bientôt pillé. La réputation, en créant une réciprocité indirecte, maintient un haut niveau de coopération, et devient même une « *monnaie qui a cours dans de nombreuses situations sociales* »¹³, offrant une solution à cette tragédie. Ce haut niveau de coopération¹⁴ est

⁹ Voir par exemple l'étude d'A. Verhage sur la fonction de *compliance officer* dans le cas de la lutte anti-blanchiment, pris entre les réglementations d'un côté et l'objectif commercial et réputationnel de l'autre : *Between the hammer and the anvil ? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry: Crime, Law and Social Change*, Springer Verlag, 2008 : « *we are currently witnessing the development of two parallel angles around the fight on money laundering and its predicate crimes: a legislative, regulative angle, designed to prevent and detect money laundering on the one hand, and an intrinsic commercial position towards anti-money laundering, stemming from a self-protecting reflex by financial institutions, aspiring to protect themselves against regulatory and reputational risks.* »

¹⁰ A. de la Cotardière, propos tenus à la conférence de clôture du cycle de conférence « *Pour une Europe de la Compliance* » 13 décembre 2018, voir également sa contribution dans *Régulation, Supervision, Compliance*, sous la direction de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2017.

¹¹ Cycle de conférence précité, 4 octobre 2018.

largement illustré par la *compliance*, dans les nombreuses instances où les entreprises se réunissent pour partager leurs « *best practices* ».

La réputation, au fondement des outils de *compliance*

Les outils de la *compliance* qu'institue la loi dite Sapin 2¹⁵ en son article 17 sont largement tributaires du prisme de la réputation. Le code de conduite mis à disposition de tous les salariés, les formations des collaborateurs et la mise en place d'un régime disciplinaire spécifique visent à diffuser une culture d'intégrité dans l'entreprise. Ce faisant, les collaborateurs ne peuvent plus se réfugier derrière l'intérêt social pour commettre une infraction, ce qui pouvait parfois être reproché aux entreprises françaises¹⁶. Si la réputation est le partage de l'opinion, c'est effectivement ce qui est en jeu dans les outils de la *compliance* qui aspirent à être les plus diffusifs possibles. Prenons deux exemples parmi les « huit piliers » institués par l'article 17 de la loi Sapin 2.

Imposé aux grandes entreprises par cet article, les procédures d'évaluation des tiers¹⁷ systématisent le recours à la réputation dans les relations d'affaires. Les bases de « *KYC* »¹⁸ sont étendues à toutes les parties prenantes, et permettent d'évaluer les niveaux d'honorabilité des partenaires envisagés. Cette évaluation de réputation des tiers ne s'effectue pas seulement sur les décisions judiciaires prononcées, mais également sur les procédures en cours, voire purement et simplement sur la « *fama* »

¹² G. Hardin, *The Tragedy of the commons*: Science, 13 novembre 1968, Vol. 162, pp. 1243-1248.

¹³ M. Milinski, D. Semmann, H.-J. Krambeck, *Reputation helps solve the 'tragedy of the commons'*: Nature, volume 415, 2002 : « *a public resource that everybody is free to overuse – the tragedy of the commons* ».

¹⁴ En véritable « *monde nouveau* », la *compliance* suscite une coopération fine entre les assujettis bien sûr, mais aussi avec le département conseil de l'AFA, les cabinets d'avocats, les chercheurs, etc. et au sein de nombreuses associations (Cercle de la *compliance*, Cercle d'Éthique des Affaires, Club des juristes, Associations de Master, etc.).

¹⁵ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption, et à la modernisation de la vie économique

¹⁶ A. J. Heidenheimer, *The topography of corruption: explorations in a comparative perspective* : International Science Journal, Blackwell Publishers, septembre 1996.

¹⁷ Article 17 II-4 de la loi Sapin 2.

¹⁸ *Know your Customer*

par des coupures d'articles de presse¹⁹. La réputation devient alors l'étalon du jugement des partenaires potentiels. Ces jugements a priori peuvent parfois déranger tant l'historique de ces sources peut être long et dépourvu de tout fondement judiciaire²⁰ ; mais en pratique, cette évaluation de réputation est surtout d'un grand recours pour les entreprises. En effet, la réalité des affaires (comme par exemple le temps long des partenariats transnationaux) se conjugue mal avec les exigences de la présomption d'innocence, du contradictoire ou encore du droit d'appel. La réputation précède, injustement parfois, et c'est précisément ce que lui réclame l'impératif de prévisibilité cher aux affaires²¹.

Le dispositif d'alerte interne²² prévu par le même article 17 repose également sur le paradigme de la réputation, mais cette fois par des mécanismes prévenant la diffusion. En instituant un régime de protection du lanceur d'alerte (articles 6 à 16), la loi Sapin 2 a dû dans le même temps encadrer cet exercice (article 8). Ainsi, pour bénéficier de ce statut et des protections associées, le lanceur d'alerte doit d'abord porter son signalement en interne avant d'informer les autorités voire la presse en cas d'absence de diligences (et sauf danger grave et imminent ou risque de dommages irréversibles)²³. D'aucuns ont pu soutenir qu'instituer c'était tuer²⁴, le terme de « lanceur » devenant usurpé, puisque l'alerte est amenée à être traitée en interne²⁵. On peut plus raisonnablement penser que son traitement

législatif a responsabilisé l'alerteur en ôtant au signalement le parfum de scandale qu'il pouvait receler²⁶. Dès lors, en incitant à ce que le « *linge sale [soit] lavé en famille* »²⁷, en internalisant le risque, le dispositif d'alerte apparaît comme une protection de la réputation des entreprises. Dans le même temps, il dépassonne l'alerte, puisque sauf cas grave l'alerteur ne peut plus en nourrir sa propre réputation, grief qui leur est parfois opposé²⁸.

Les menaces à la réputation comme sanction de la (non) *compliance*

Au même titre que la *compliance*, la pratique du « *name and shame* » a été importée dans le paysage juridique français sans qu'aucune traduction satisfaisante ne lui soit trouvée, peut-être parce qu'elle répond elle aussi à une logique d'auto-amélioration qui se ferait hors des institutions, ce que le français peine à appréhender²⁹. Il ne s'agit plus de faire honte par des humiliations comme l'archaïque carcan, mais d'affecter la réputation par la révélation même de l'infraction via une peine d'affichage ou la diffusion de la décision prononcée. Les lois dites Macron³⁰ et Sapin 2 ont développé une pratique déjà bien présente en matière de responsabilité sociale et de gouvernance, que la loi Pacte devrait également

¹⁹ Voir par exemple le service « *World-Check One* » de Refinitiv (Thomson Reuters).

²⁰ Des recours existent : le droit d'opposition consacré par l'article 38 de la Loi Informatique et Libertés, ou l'article 21 du Règlement Général pour la Protection des Données (2016/679), le droit à rectification ou effacement prévu aux articles 40 LIL et 17 RGPD et l'arrêt fondateur *Google vs Spain* rendu par la CJUE le 13 mai 2014 sur le droit au déréférencement.

²¹ Si elle n'est pas juste juridiquement, peut-être l'est-elle économiquement : on préférera souvent avoir écarté un partenaire que l'opinion réprouvait, quand bien même la justice lui donnerait raison.

²² Article 17 II-2 de la loi Sapin 2.

²³ Article 8 II de la loi Sapin 2.

²⁴ Sans origine véritablement accréditée, cette expression traduit l'idée que le lanceur d'alerte ne saurait faire l'objet d'un encadrement institutionnel sans trahir la part de transgression qui lui est consubstantielle.

²⁵ Pour Kenneth Kernaghan et John W. Langford dans *Responsible Public Servant* 1990, Institute for Research on Public Policy, il n'y a de lanceur d'alerte à proprement parler que hors de l'organisation. Voir aussi les inventeurs du terme

Francis Chateureynaud, Didier Torny *Les sombres précurseurs*, EHESS 1999

²⁶ L'important n'étant pas que le scandale éclate mais que le mal soit traité. Voir M. Disant et D. Pollet-Panoussis, *Les lanceurs d'alerte : Quelle protection juridique ? Quelles limites ?* : LGDJ, juillet 2017.

²⁷ L'expression est de P. Wildloecher, déontologue du groupe La Poste. Le dispositif d'alerte est une chance pour l'entreprise, car il désamorce le risque pénal, mais aussi et surtout le risque réputationnel. Voir aussi B. Sutter, *Le lanceur d'alerte, une chance pour les marques* : ADN, 31 mars 2017, [<https://www.ladn.eu/entreprises-innovantes/transparence/les-lanceurs-dalerte-une-opportunit-e-pour-les-entreprises/>]

²⁸ Au point que W. Bourdon s'inquiète du sens extensif qui pourrait être donné à la condition de désintéressement posée dans la définition légale du lanceur d'alerte. (Conférence anticorruption C5, Paris 16 octobre 2017).

²⁹ C'est la théorie de S. Tisseron (psychiatre auteur de *La honte, psychanalyse d'un lien social*, 1992 Dunod), cité par P. Chêrève dans *Houuu, la honte ! Enquête sur la pratique du "name and shame"* : Marianne, 27 février 2016.

³⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

abonder³¹. C'est finalement la loi Devoir de vigilance³² qui donne toute sa mesure au levier réputationnel. En exigeant la publication d'un plan de vigilance³³ comprenant « *les parties prenantes* » de la société, il prévient le détournement cosmétique des mesures, le soumet à la vigilance de « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir* », et prévoit la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision³⁴.

Il n'apparaît pas anormal qu'en miroir d'une publicité tirée d'une bonne *compliance*, une mauvaise soit fustigée. La recherche de la responsabilité de la société-mère en procède d'ailleurs en partie, suivant la logique d'optimisation de l'impact médiatique des poursuites pénales³⁵. Remarquons ainsi que la loi Devoir de vigilance peut constituer pour les entreprises une opportunité de protéger un capital réputationnel parfois trop facilement atteint par des mises en causes publiques. L'entreprise ayant développé un plan de vigilance sérieux disposera dorénavant d'éléments pour justifier avoir mis en œuvre toutes les diligences possibles, et n'avoir donc pas failli, là où elle n'avait jusqu'alors qu'une protestation indignée pour assurer sa défense.³⁶

La réputation, outil stratégique de *compliance* au-delà de l'entreprise

S'il est admis que la réputation est un actif important des entreprises, elles ne sont pas les seules à y faire appel comme catalyseur de la *compliance*. A l'autre bout de la chaîne, l'Agence Française Anticorruption (« AFA ») paraît y recourir pour son propre compte, à plusieurs titres.

Avant tout, la jeune AFA doit s'imposer dans le jeu français pour ne pas connaître le sort de ses

prédécesseurs, au rang desquels le Service Central de Prévention de la Corruption. Plus encore, c'est face au gendarme américain qu'elle se doit de soigner une réputation de sévérité, pour rassurer le *Department of Justice* sur sa capacité à mener elle-même la lutte contre les entreprises françaises corrompues. Enfin, cette réputation de fermeté forgée sur le modèle américain doit permettre aux outils de la *compliance* de tourner à plein, à l'instar de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). En effet, c'est précisément parce que les entreprises craignent les autorités américaines et qu'elles veulent faire l'économie d'une publicité négative qu'elles acceptent (trop) rapidement de transiger³⁷. On peut dès lors comprendre que l'AFA ait à cœur de prononcer quelques sanctions particulièrement sévères qui lui permettraient d'asseoir une légitimité suffisante pour que les entreprises françaises viennent d'elles-mêmes solliciter une transaction, sur le modèle américain³⁸.

2. Le danger d'une réputation véhicule de la *compliance*

Le prisme de la réputation en *compliance* révèle aussi des limites intéressantes, et fait parfois courir le risque d'une instrumentalisation.

Le tribunal de l'opinion

Lorsqu'une organisation mise sur sa réputation, par stratégie ou par obligation, elle court le risque d'être jugée par le tribunal de l'opinion, qui sait être aussi implacable qu'injuste. Or, la *compliance* se fonde par principe sur un ensemble de publications, parfois à l'attention des instances dirigeantes seulement comme la cartographie du risque de corruption, parfois à l'attention du grand public à l'instar de ce qui figure à

³¹ Bruno Le Maire indiquant « *Je crois au caractère dissuasif de cette disposition car pour une société, il n'y a rien de plus précieux que sa réputation* » : Les Echos, 26 septembre 2018.

³² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

³³ « *Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102.* » Article 1 I de la loi Devoir de vigilance.

³⁴ « *L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette*

fin.
La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les

modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée » Article 2 de la loi Devoir de vigilance.

³⁵ E. Daoud et A. André, *La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises, fiction ou réalité juridique ?* : AJ Pénal, janvier 2012.

³⁶ Analyse de V. Brenot, *Le devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre : bientôt en droit français*, 3 mars 2016, [www.august-debouzy.com/fr/blog/45-le-devoir-de-vigilance-des-societes-donneuses-dordre-bientot-en-droit-francais]

³⁷ A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

³⁸ A. Garapon et A. Mignon-Colombet, *D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires* : Revue Internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2016.

la section « *compliance* » dans les documents de référence. Le culte de la transparence³⁹, décuplé par les réseaux sociaux fait légitimement craindre que l'opinion se fasse le juge de l'entreprise, à plus forte raison lorsque les médias peinent ou rechignent à faire jouer leur expertise⁴⁰.

'Effet Matthieu' et plasticité de la réputation

A la recherche de cautions morales pour étayer leur réputation face à l'opinion, les entreprises se tournent vers les organismes certificateurs, les auditeurs, les labels, mais surtout vers les organisations non gouvernementales. Si ces ONG effectuent un travail de fond incontestable, il peut être également utile de questionner le pouvoir que le levier de la réputation a pu leur conférer dans la sphère de la *compliance*. Par exemple, on peut s'interroger sur le fait que Transparency International, qui s'est imposée comme l'ONG de référence dans le secteur⁴¹, ait amené presque toutes les entreprises du CAC40 à adhérer pour un peu plus de 10 000€ à son « Forum des Entreprises Engagées ».⁴²

La réputation est bien connue des économistes et sociologues pour être tributaire de « l'effet Matthieu » théorisé par Robert K. Merton⁴³. Dans un milieu régulé par la réputation, le premier remporte toute la mise et conserve sa place de premier quand bien

même les suivants produiraient de biens meilleurs résultats. Ainsi, la réputation pourrait porter en elle le germe du monopole, dont les risques pour le bien commun ne sont plus à démontrer⁴⁴.

A titre d'illustration, l'unique classement faisant foi⁴⁵ en matière de corruption est le Corruption Perception Index⁴⁶ réalisé par Transparency International. Établi sur la perception et donc sur la réputation, ce classement prend le risque de véhiculer des a priori sur les pays qui y figurent.

Si certains auteurs s'inquiètent du cercle vicieux dans lequel les pays recevant de l'investissement se trouvent alors enfermés, on peut également observer la logique inverse⁴⁷. Le dernier rapport du groupe de travail de l'OCDE sur la corruption⁴⁸ regrette que l'Allemagne ne prenne pas de sanctions sérieuses à l'encontre de ses entreprises coupables de corruption.

Pourtant, le rang de l'Allemagne, dans un classement réalisé en Allemagne⁴⁹ notamment par un grand groupe de presse allemand⁵⁰ détenu par une famille allemande, n'aurait aucune raison de s'inscrire en faux contre la réputation bien établie du

³⁹ D. Olivennes et M. Chichportich, *Mortelle transparence*, Albin Michel, 2018.

⁴⁰ La presse est pointée comme caisse de résonance par C. Joly, qui rappelle que dans quasiment toutes les affaires où l'entreprise personne morale est condamnée, son dirigeant même non poursuivi est mentionné par les médias. *Sélections juridiques et médiatiques 2015-2016 – La réputation pénale des dirigeants et des entreprises*, BaroAlto, 2016, [https://baroalto.com/wp-content/uploads/2018/01/la_reputation_penale_des_dirigeants_et_des_entreprises.pdf]

⁴¹ Jusqu'à porter sur Twitter le nom d'utilisateur « @anticorruption »

⁴² Charte d'adhésion au Forum des Entreprises Engagées [transparency-france.org/wp-content/uploads/2016/04/Charte-dadhesion-FEE.pdf]

⁴³ R. K. Merton, *The Matthew Effect in science*: Science, 1er mai 1968, Vol. 159 n°3810, p.56-63.

⁴⁴ K. Cowling et D. C. Mueller, *The Social Costs of Monopoly Power*: The Economic Journal, décembre 1978), Vol. 88, n°352, p. 727-748.

⁴⁵ Dans l'étude comparative internationale commandée par l'AFA à la direction générale du Trésor (2018), le classement CPI de Transparency International est l'outil d'étalonnage pour 7 des 8 pays étudiés.

⁴⁶ https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

⁴⁷ Concept de « *path dependence* » développé par P. Pierson dans *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics* : American Political Science Review, 2000. Une fois établies les règles du jeu, les façons de considérer le monde vont générer des dynamiques auto-renforçantes.

⁴⁸ OCDE, *La forte action répressive de l'Allemagne en matière de lutte contre la corruption impliquant des individus devrait s'accompagner d'une action répressive tout aussi ferme à l'égard des entreprises* : « Le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a adopté, le 14 juin 2018, le rapport de Phase 4 consacré à l'Allemagne. Dans ce rapport, disponible sur www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Germany-Phase-4-Report-ENG.pdf, les auteurs dressent, aux pages 84-87, une liste des recommandations adressées par le Groupe de travail à l'Allemagne. », [<http://www.oecd.org/fr/corruption/la-forte-action-repressive-de-l-allemande-en-matiere-de-lutte-contre-la-corruption-impliquant-des-individus-devrait-s-accompagner-d-une-action-repressive-tout-aussi-ferme-a-l-egard-des-entreprises.htm>]

⁴⁹ Le siège de Transparency International est à Berlin

⁵⁰ La Fondation Bertelsmann (et l'entreprise éponyme) détenue par la famille Mohn est un empire médiatique, détenant par exemple le groupe RTL. Elle contribue notamment pour 2 des 12 points de données recueillies par l'indice sur la corruption Transparency ; voir l'article de B. Bruel, *Comment mesure-t-on la corruption dans le monde* : Le Monde, 12 mai 2016 ; et les ouvrages de T. Schuler *Die Mohns*, 2004 et *Bertelsmann Republik Deutschland. Eine Stiftung macht Politik*, 2010.

modèle allemand⁵¹. Il ne s'agit évidemment pas ici de remettre en cause l'intégrité d'un classement reconnu, mais plutôt de souligner les biais que peut occasionner la réputation dans le jeu de la *compliance*. Lorsqu'on sait l'attention que les entreprises transnationales accordent au classement des pays en matière de corruption, on peut s'inquiéter qu'il n'existe pour ainsi dire pas de concurrence au sein de ces prescripteurs.

La réputation plutôt que la *compliance*

Si la réputation est une récompense attrayante pour les organisations considérées comme intègres, c'est finalement moins la *compliance* qui est visée que la satisfaction des indicateurs, que ce soit ceux des ONG, des auditeurs, des agences de notations extra-financières ou des autorités de contrôle. Peut-on en vouloir à une entreprise d'aspirer par nature moins à la création d'une culture anticorruption qu'à l'acquiescement d'une liste de critères ? Pour Björn Fasterling, c'est le principal risque d'un droit pénal du risque : « *le problème de base est que la criminal compliance ne peut pas inciter à autre chose qu'à des mesures formelles. [...] L'ordre des priorités est inverse de celui des effets produits : l'aspect formel vient d'abord, le travail d'intégration suivra (peut-être) après* »⁵². Pour assurer leur réputation d'intégrité, les entreprises n'auront aucun mal à feindre la *compliance*, et à la déployer dans l'exacte mesure de ce qui est requis, ou plus exactement dans l'exacte mesure de ce qui est mesuré.

Ce n'est pas autre chose que l'on peut observer dans la dichotomie qui frappe parfois les grandes entreprises françaises entre leur département juridique et leur département *compliance*. Le premier étant affecté à la gestion du risque juridique, le second se trouverait cantonné à la gestion du

risque réputationnel. Dès lors, si le premier est tourné vers les collaborateurs internes (les dossiers stratégiques) et les « *affaires sales* », le second serait tourné vers l'extérieur (les agences, les labels) et les « *affaires propres* ».⁵³ La pratique en entreprise, notamment au niveau organisationnel, devra donc veiller à ne pas faire de la *compliance* un outil avant tout réputationnel, sous peine de le confiner à une nouvelle forme de *greenwashing* ou *fairwashing*.

La réputation de la *compliance*

Finalement, le premier enjeu en matière de réputation est peut-être celui de la *compliance* elle-même puisque sa légitimité en conditionne le succès.

Certains auteurs ont voulu remettre en cause cette légitimité en voyant dans l'industrie de la *compliance* florissante depuis 2008 une reconversion trop facile pour les grands cabinets d'avocats d'affaires américains épinglés par la crise dans leur activité de fusion-acquisition⁵⁴. Mais si ce grief est vérifié, il ne diminue pas à notre sens la légitimité de la *compliance* elle-même.

L'enjeu de la réputation de la *compliance* est ailleurs, et plus problématique qu'il n'y paraît⁵⁵. L'exemple de la CJIP, qui constitue sans doute le parangon de la *compliance*, en est symptomatique. Signée le 27 novembre 2017, la première « transaction pénale » a fait l'objet d'une presse abondante, spécialisée comme grand public, servie par une importante communication du Parquet National Financier, à la fois par communiqués de presse et par son compte twitter. Didier Rebut relève ainsi que le PNF, voulant asseoir la légitimité de cet outil dans l'opinion publique a pris soin de préciser que l'amende « *abondera le budget général de l'État français* ». Or, une amende n'a pas pour objet de

⁵¹ Voir l'étude comparative internationale commandée par l'AFA à la direction générale du Trésor, publiée en 2018. Lien : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Prevention-corruption.pdf. La première partie consacrée à l'Allemagne s'achève sur : « *Commentaires éventuels du pays questionné : Des projet de réforme du dispositif allemand de lutte contre la corruption ont été mis en avant par le ministère fédéral de la Justice et pour la Protection des consommateurs, notamment en 2014, afin de renforcer la responsabilité des fédérations professionnelles et en 2016, pour renforcer les devoirs de conformité (« compliance ») des sociétés et notamment accentuer le caractère proportionnel – au regard du*

chiffre d'affaires – des amendes infligées au sociétés concernées. Ces projets n'ont, à ce stade, pas abouti. »

⁵² B. Fasterling, *Criminal compliance : les risques d'un droit pénal du risque* : Revue internationale de droit économique, de Boeck supérieur, 2016, p. 217-237.

⁵³ C. Collard, *Conformité réglementaire et performance de l'entreprise : la vision des acteurs (Regards croisés de directeurs juridiques et de compliance officers)* : Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, novembre 2009, dossier 35.

⁵⁴ T. Orskin, *The Emergence of law consultants* : Fordham Law Review, 2006.

⁵⁵ On a pu parfois lire l'expression « *la compliance, remède de bonne fame* ».

redresser un budget mais des torts, et le Ministère public n'a ni mission ni compétence en ce sens. L'envie de satisfaire une opinion suspicieuse à bon droit envers la transaction pénale est compréhensible, mais ce faisant la CJIP a sans doute sacrifié une part de sa légitimité (juridique) sur l'autel de sa réputation (médiatique). Didier Rebut rappelle utilement que si la CJIP est une transaction, ce n'est pas pour autant un chèque en échange d'un oubli⁵⁶, les actes reconnus étant publiés. On retrouve finalement ici la définition de la réputation, comme étant ce qui survit.

Conclusion

D'aucuns redoutent que la *compliance* ne devienne un outil de gestion de l'illégalité là où le droit pénal en vise la suppression⁵⁷. On peut néanmoins penser que les enjeux que recèle la réputation viennent justement prémunir contre cette inquiétude en bridant la capacité des entreprises à considérer

l'infraction comme une stratégie possible ou comme un investissement associé à un niveau de risque que l'on accepterait ou non de courir.

La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens, en considérant qu'un acte de corruption commis au profit de l'entreprise restait considéré comme contraire à l'intérêt social, notamment au nom de l'atteinte à sa réputation⁵⁸. La *compliance* vient systématiser cette logique en conférant un caractère inaliénable à la réputation des personnes morales.

La réputation peut finalement apparaître comme ce qui permet l'extension du domaine de la lutte anticorruption. Dans un sens, en-deçà des seuils, elle inclut les entreprises qui n'atteignent pas les limites prévues par la loi, et l'AFA leur étend à très juste titre son activité de conseil en la matière. Dans l'autre sens, au-delà des seuils, elle amène d'autres États à s'intéresser à la *compliance*, pour ne pas voir leur réputation ternie⁵⁹.

⁵⁶ Propos tenus à la conférence de clôture du cycle de conférence « *Pour une Europe de la Compliance* », sous la direction de M.-A. Frison-Roche, le 13 décembre 2018.

⁵⁷ M.-E. Boursier, *Droit pénal des affaires internationales*, Joly éditions, 2016, et *Le Droit pénal au défi de la compliance* : RSC, 2007, à partir de M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 1975.

⁵⁸ Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 : « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que*

la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».

⁵⁹ Pour B. Cazeneuve et P. Sellal, ce risque réputationnel majeur serait encouru par les États membres qui refuseraient de se conformer au paquet européen anticorruption qu'ils appellent de leurs vœux in : *Il faut corriger l'asymétrie entre Europe et États-Unis dans la lutte anticorruption* : *Le Monde*, 7 juillet 2018.

L'actualité des deals de justice



PIERRE SERVAN-SCHREIBER

Médiateur, Avocat aux Barreaux de Paris et New York
Co-auteur de « Deals de justice » (PUF)

En 2013, dans un ouvrage fondateur¹, Pierre Servan-Schreiber mettait en évidence les profonds bouleversements engendrés par ce qu'il qualifiait alors de Deals de justice, et l'avènement d'une justice répressive négociée en matière financière en découlant. L'introduction en droit français de nouveaux dispositifs et nouveaux outils commande de revenir aujourd'hui avec lui sur l'actualité des deals de justice.

De nouvelles approches

Il y a plus de cinq ans, en conclusion de votre ouvrage, vous posiez avec Antoine Garapon une question, celle de savoir si cette justice répressive négociée constituait plutôt un nouveau modèle global ou une extension de la puissance américaine. Depuis, la loi Sapin II a été adoptée en France et la coopération internationale entre autorités de poursuites semble se développer. Votre réponse a-t-elle en conséquence évolué ?

A mon sens, cette nouvelle justice répressive négociée constitue toujours les deux. Le modèle américain est bien sûr un instrument de pouvoir, mais aussi un modèle dont se sont indéniablement inspirées d'autres juridictions, dont les juridictions françaises, et ce essentiellement pour deux raisons.

La première tient au fait que ce système fonctionne, il est extrêmement efficace, donc pourquoi une autorité s'en priverait-elle, qu'elle soit judiciaire ou administrative ? Pourquoi s'empêcherait-on de démultiplier l'efficacité des contrôles, des sanctions et de la règle de droit que l'on a la charge d'appliquer ?

La deuxième raison est davantage politique, c'est une réponse adressée aux Américains que de montrer que nous aussi, nous avons la capacité de faire le ménage chez nous. Ça nous place en meilleure situation pour négocier. Mais parallèlement à ce nouveau modèle global qui se répand et s'étend, la puissance américaine continue

bien évidemment aussi de se développer. L'un ne va donc pas sans l'autre.

Dans votre ouvrage, vous estimez que ce qui est qualifiable de « dispositif » américain du deal constitue un mode de gouvernement qui ébranle les trois piliers de l'ancien paradigme juridique : la souveraineté de l'État, l'autorité du droit, le territoire sur lequel elle s'exerçait. Vous en déduisez l'avènement d'un gouvernement indirect, déterritorialisé et universel.

En réalité, plus que la place du droit, c'est l'autorité de la justice qui est mise en question. Dans l'ancien paradigme, le droit d'un pays avait vocation à s'appliquer au sein des frontières de ce pays, notamment par le pouvoir judiciaire. Cette autorité judiciaire s'inscrivait dans un triangle composé du demandeur, du défendeur et du juge. Dans le nouveau modèle, le droit n'est pas écarté dans la mesure où les autorités américaines, et ce ne sont pas les seules, s'appuient sur le droit pour mener des procédures d'enquête et de sanction. La justice l'est en revanche puisque le juge est absent de la procédure, si ce n'est pour homologuer l'accord auquel seront parvenues les parties en présence, forme de validation intervenant en fin de processus. Il n'y a plus la « vérédiction » dont parlait Foucault, opérée par le juge, personnage institué par l'État et symboliquement chargé de dire le droit, de dire qui a raison et qui a tort, c'est-à-dire, de trancher le litige.

¹ A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, p.200

En tant qu'avocat, j'ai pu expérimenter cela au cours d'un dossier dans lequel je travaillais pour une banque française. Une conférence téléphonique avait été organisée, y participaient la *Federal Reserve of New York*, le *New York Department of Financial Services*, l'*Attorney General of New York* et le *Department of Justice*. Quatre autorités donc, et trois cabinets d'avocats, réunis autour de cette conférence téléphonique, organisée pour permettre aux autorités américaines de poser une question à une personne, en l'occurrence moi-même. La question qui m'a été posée était la suivante : « Sur quel fondement juridique avez-vous conseillé à votre client de ne pas transmettre telle information ? » On voit bien ici que toutes les barrières sautent : il s'agit d'un coup de fil de quatre autorités étrangères à un citoyen français, qui plus est un avocat, pour le questionner quant au fondement du conseil qu'il donne à son client. D'un point de vue français, c'est très surprenant. De telles méthodes font fi des frontières, des règles de procédure, des accords de coopération internationaux prévus par les traités ou accords entre autorités, entre autres.

L'enjeu est qu'à compter du moment où l'on accepte volontairement la coopération, on ne peut plus faire machine arrière ou ne pas coopérer totalement. On comprend ainsi que ce ne sont plus tout à fait les règles telles qu'on les connaissait qui gouvernent les relations entre les entreprises et leurs avocats, d'une part, et les autorités, d'autre part.

Ces caractéristiques soulignent la prise de pouvoir des États-Unis leur permettant de « promouvoir les valeurs américaines de justice et de servir les intérêts [de leur pays], ». En ce qu'il est donc aussi éminemment moral, ce nouveau mode de gouvernement par la justice négociée, initié par les États-Unis, pourrait-il, à votre sens, se voir opposer une Europe des valeurs ?

On peut tant qu'on veut mais cela ne servira à rien. Ce que je veux dire par là c'est que les Américains ont cette conception de la justice qui repose essentiellement sur l'efficacité. Les valeurs, les principes, c'est bien, mais si on soulève les valeurs et les principes à l'encontre de l'efficacité, cela pose un problème dans la dialectique. Du temps du Parti Communiste, si vous remettiez en question un des dogmes du Parti, vous remettiez en cause votre appartenance-même au Parti. Questionner un élément revenait à questionner la totalité. C'est presque la même chose ici dans la mesure où ces autorités répondent ou pourraient répondre que ce qu'elles combattent par leur action, c'est la corruption, la fraude bancaire, la fraude boursière, la fraude à la concurrence ou à la consommation.

Autant de choses dont nous pouvons nous accorder à dire qu'elles sont graves. Dans une acception du monde divisé entre le bien et le mal, elles s'attaquent au « mal » et quiconque s'oppose à des méthodes efficaces pour lutter contre le mal, se place du mauvais côté de cette dialectique.

La méthode développée par ces autorités a en effet un avantage considérable que nous avons déjà évoqué : elle fonctionne. En l'appliquant, les entreprises coopèrent en apportant aux autorités les preuves de leur culpabilité, voire de celle de certains de leurs partenaires, y remédient, s'engagent à ne plus réitérer les faits délictueux. En bout de course, elles se voient appliquer la sanction qui leur correspond le mieux pourrait-on dire, c'est-à-dire celle qui les touche le plus efficacement. Il peut s'agir d'une amende d'un montant très important, du limogeage de certains dirigeants et de la mise en place de programmes de conformité contraignants. Mais par ailleurs, le lien avec les États-Unis, avec les partenaires commerciaux américains, avec les autorités reste intact et elles peuvent continuer à opérer sur ce marché. Cela se révèle redoutablement efficace. Pourquoi nos valeurs européennes devraient-elles contraindre nos entreprises à se voir exclues de ce marché ? C'est une autre dialectique.

Pour revenir en Europe, mon sentiment est que l'on est plutôt sur un questionnement qui serait presque plus philosophique et politique et qui peut se résumer ainsi : si on commence à sacrifier les principes à l'efficacité, on prend le risque d'une justice sans juge et donc d'un État sans droit. Je pense à 1984 de George Orwell où règne sans partage la norme qui s'applique uniformément à tous, qu'on intègre soit même, jusqu'à l'auto-dénonciation...ou bien encore au « Meilleur des mondes », le « *Brave New World* » de Aldous Huxley. Ce n'est pas tant que ce discours n'est pas tenu aux États-Unis, mais plutôt que ce n'est pas la pensée dominante. Je serais même tenté de dire que cela l'est de moins en moins.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Pétrole contre nourriture, venant limiter la règle du *non bis in idem* à une échelle nationale, vous paraît-il à même de contredire l'un des motifs avancés pour justifier l'adoption de la loi Sapin II, à savoir éviter des sanctions américaines pour les entreprises françaises au moyen d'enquêtes et de poursuites plus efficaces à l'échelle nationale ?

La loi Sapin II, le Parquet National Financier (PNF) et toutes ces innovations ont pour objet de montrer aux autorités américaines que nous avons la

capacité, en France, d'avoir de bons outils de prévention et de sanction des faits de corruption, et avec la même efficacité. Les autorités américaines voient cela d'un bon œil. Elles ne sont pas à mes yeux dans une sorte de chasse aux sorcières mondiale et ne considèrent pas qu'elles ont vocation à tout surveiller, examiner, et sanctionner. Je ne le pense vraiment pas.

Ces autorités ont plutôt comme approche de dire « le travail n'étant pas efficacement fait, voire pas fait du tout chez vous, nous allons le faire puisque, les entreprises étant aujourd'hui mondialisées, leurs actions impactent notre marché autant ou plus que d'autres. Elles semblent toutefois disposées, si des mesures de sanction ou de correction sont prises à l'échelle nationale, à en tenir compte. Cela leur permet notamment d'aller plus vite. Le meilleur exemple a été celui de la Société Générale dans l'affaire du Libor et de la Lybie puisque les autorités américaines ont tenu compte à l'euro près du montant que la banque avait négocié avec le PNF. Pour elles, c'est donc plutôt une bonne nouvelle que d'autres autorités fassent la même chose qu'elles puisqu'elles ne sont pas strictement dans la recherche du profit qu'elles pourraient financièrement tirer de ces affaires d'une part, et qu'elles ne sont pas non plus dans un combat géopolitique, du moins pas de manière consciente, d'autre part.

On prend souvent l'exemple d'Alstom pour illustrer le caractère prétendument offensif des autorités américaines, qui agiraient de pair avec certaines entreprises américaines dans une optique de guerre commerciale. Qu'une entreprise comme General Electric, qui lorgnait peut-être sur Alstom depuis longtemps, ait profité du moment où cette entreprise française était mise en difficulté par les enquêtes effectuées par le *Department of Justice* pour la racheter moins cher, cela me semble évident. Je ne crois pour autant pas à une collusion active entre grandes entreprises et autorités pour racheter un concurrent étranger. Il me semble qu'on cherche parfois à voir le mal pour expliquer les choses et cette analyse se révèle souvent un peu grossière, voire erronée. Cela nous rassurerait presque de croire que ce serait « un coup monté américain » mais il est évident que ce n'est pas la première fois qu'une grande entreprise américaine rachète une grande entreprise française, même dans des secteurs industriellement plutôt avancés technologiquement. Cela n'a pas souvent posé de problème auparavant. General Electric a profité d'un effet d'aubaine dans la mesure où Alstom était moins cher à ce moment-là, mais de là à penser que l'entreprise s'est entendue

avec les autorités pour que celles-ci sanctionnent Alstom d'un montant particulièrement élevé afin de pouvoir l'acquérir, je n'y crois pas. General Electric savait qu'Alstom faisait l'objet d'une enquête puisqu'Alstom avait été obligé de le dire dans ses documents boursiers, rapports annuels et documents de référence, ne serait-ce qu'au niveau des provisions. Il lui suffisait donc d'attendre.

Ces questions de collusions n'ont d'ailleurs pas été posées dans les autres affaires. Ce n'est pas un dossier qui explique l'attitude des autorités américaines, c'est beaucoup plus large que ça, c'est une vision du monde et des relations.

S'il est vrai que la corruption est un domaine particulier dans lequel les groupes étrangers sont significativement plus inquiétés que leurs homologues américains, c'est néanmoins le seul. Par conséquent, ce serait faire un mauvais procès que d'accuser les autorités américaines de mettre en place un tel « *process* » aux seules fins de favoriser leurs entreprises nationales au détriment de leurs concurrents. Les entreprises américaines font autant l'objet de sanctions et de transactions lourdes que les autres.

C'est presque plus préoccupant : ces autorités utilisent leur position de force pour poursuivre des buts légitimes mais avec des conséquences qui posent problème.

Hier la justice se rendait, aujourd'hui elle se négocie. L'on peut ainsi se demander dans quelle mesure l'expression de « justice négociée » ne revêt pas un caractère oxymorique... Comment pensez-vous que notre culture juridique puisse s'accommoder de la « transactionnalisation » de la justice à laquelle nous assistons et par laquelle le juge se voit conférer un rôle résiduel d'homologation ? Justice « dealatoire », justice « dealtante » ?

Cette problématique est centrale : sans le regard du juge, comment être certain que « justice est faite », c'est-à-dire que la conclusion de l'affaire est « juste » en ce que les vrais responsables ont réellement été sanctionnés d'une façon satisfaisante par rapport à la faute commise, au trouble et au dommage causés ? De tous temps, les sociétés ont eu besoin de la figure tutélaire du juge, chargée de dire le droit, d'énoncer publiquement laquelle, entre les parties présentes devant lui, est coupable, responsable, pourquoi et à quelle hauteur elle doit être sanctionnée.

En France, pour un avocat pénaliste, ce n'est pas la vérité l'enjeu principal, c'est la défense. Le juge va ensuite décider si son client est innocent ou coupable. En disant cela il dira la vérité judiciaire,

mais ce n'est pas le problème de l'avocat dont l'office est de représenter son client en garantissant que les droits de la défense soient respectés. La culture américaine est beaucoup plus sourcilieuse sur les questions de vérité, de mensonge et de dissimulation. Le droit s'y pare des atours de la vertu.

En voici une illustration. J'ai commencé ma carrière d'avocat à New York dans un cabinet qui s'appelait Donovan, Leisure, Newton & Irvine, qui était l'un des plus grands cabinets américains de l'époque. L'une de ses principales spécialités était le droit de la concurrence, matière alors extrêmement fertile. Ils avaient comme client Kodak qui avait un procès en droit de la concurrence fait par un petit revendeur américain qui l'accusait d'abus de position dominante. S'en suit une longue affaire au cours de laquelle est interrogé un expert cité par la défense, un « *expert witness* ». A un moment, les avocats du plaignant posent une question à l'expert qui indique qu'il a déjà répondu à cette question dans les notes transmises à l'avocat de Kodak. Mais ces notes n'avaient pas été transmises aux avocats du plaignant. Interrogé par le juge sur les raisons de cette non communication, l'avocat de Kodak déclare que ces notes ont été détruites. Le juge demande alors un affidavit (attestation sous serment) exposant les circonstances de cette destruction. L'avocat retrouve alors lesdites notes qui n'avaient en réalité pas été détruites. L'affidavit qui établit cette nouvelle donne est soumis au juge le lendemain matin. Kodak a été condamné avec 300% de dommages et intérêts (*treble punitive damages*), l'associé et le collaborateur senior ont été radiés du barreau, Donovan Leisure a perdu le client et dix ans après le cabinet n'existait plus. Aux États-Unis, vous l'avez saisi, jouer avec la vérité est absolument impensable et inacceptable.

Culturellement donc, nous ne sommes pas encore dans un tel rapport à la vérité mais nous n'avons pas le choix. C'est la vision américaine de la justice fondée sur l'efficacité qui l'emportera. Évidemment, le renversement de la charge de la preuve, de la charge de l'enquête et de l'instruction du dossier emportent avec eux l'utilisation de la réputation et de l'éthique du cabinet, pas contre leur client mais au profit des autorités. L'hypothèse dans laquelle on trouverait dans nos enquêtes internes un document qui serait particulièrement incriminant, et que, le montrant à notre client, celui-ci nous demanderait à ce que ce document soit considéré comme n'ayant jamais existé ne peut pas prospérer. Cela voudrait dire qu'on a très mal expliqué au client ce qu'est la procédure de coopération. Imaginons que malgré

que cela, le client souhaite à tout prix dissimuler l'existence de ce document, la seule chose que l'avocat puisse faire est de recommander à son client de cesser de coopérer, avec toutes les conséquences que cela implique, ou bien, si le client refuse, se retirer du dossier. Mais pour les autorités, un cabinet qui se retire d'un tel dossier constitue la preuve la plus évidente qu'il y a un cadavre dans un placard et qu'en plus l'entreprise essaie de le dissimuler. Un cabinet digne de ce nom ne peut agir autrement. Je précise que ce cas de figure ne m'est jamais arrivé.

Pour un avocat français, c'est compliqué à comprendre car les avocats français n'ont pas traditionnellement le même rapport à la vérité que leurs homologues américains. Les avocats sont des auxiliaires de justice et c'est véritablement dans ce sens-là qu'ils sont utilisés aux États-Unis. Les avocats français ne deviennent pas pour autant des auxiliaires du pouvoir américain.

De nouvelles autorités

L'année 2017 a vu la naissance d'une agence française anticorruption : pensez-vous que celle-ci soit dotée des prérogatives nécessaires à en faire une *authority* à la française telle que vous définissez les agences gouvernementales américaines dans Deals de justice ?

Oui je le pense, nous sommes entrés dans l'ère des *guidelines* et de la *soft law*. Dans les sanctions américaines, une importante partie des sanctions en dehors du montant payé par l'entreprise c'est la *compliance* ou la conformité, c'est-à-dire l'ensemble des processus qui sont mis en place dans les entreprises pour s'assurer de la bonne exécution des engagements pris par les entreprises dans le cadre de l'accord transactionnel et du fait qu'elles ne recommenceront pas les mêmes erreurs. Et c'est devenu aujourd'hui un sujet de cœur de la gouvernance dans les grands groupes internationaux. On a commencé avec des chartes éthiques et des codes de conduites, on en est bien au-delà aujourd'hui et ce, sous l'influence, encore une fois, des autorités américaines.

La nuance est que l'approche choisie par les autorités américaines n'est pas strictement juridique : il faut qu'elles aient le sentiment que le message a été bien compris, surtout au plus haut niveau et que cette compréhension se retrouve à tous les niveaux de l'entreprise. Cette approche se manifeste très clairement dans les sanctions infligées. Supposons que les autorités américaines s'intéressent à une entreprise en suspectant qu'elle a commis un certain nombre d'actes répréhensibles, que

l'entreprise en question fait l'objet d'une enquête et qu'il s'avère que ces actes ont effectivement été commis, même de manière non-intentionnelle. Peu importe pour les autorités américaines : les sanctions infligées vont toucher l'entreprise personne morale mais aussi le *top management*. C'est ce qu'on voit dans le dossier BNP. Les sanctions que les autorités pourront imposer à l'entreprise déboucheront non seulement sur une amende touchant l'entreprise en tant que personne morale, mais aussi sur des sanctions touchant directement le *top management*, personnes physiques.

Dans un cadre plus large, le XXI^{ème} siècle se caractérise par une évolution extrêmement importante des contentieux, de leur traitement et de leurs solutions. Qu'il s'agisse des deals de justice mais aussi de la médiation, de la conciliation ou des négociations encadrées. On tente de sortir du triangle demandeur-défendeur-juge évoqué plus tôt, et l'on cherche d'autres moyens pour résoudre les litiges, plus compatibles avec le monde dans lequel on vit. Ces nouvelles méthodes sont plus rapides, efficaces, confidentielles, mais il faut également avoir conscience que l'on s'éloigne parfois de la règle de droit. Dans les deals de justice, l'entreprise doit renoncer à certaines protections, comme la prescription, qui relèvent de l'ordre public international. Cette évolution est donc passionnante mais elle pose un certain nombre de problèmes par rapport aux grands équilibres auxquels on a été habitués jusqu'ici.

Dans la même optique, quel rôle voyez-vous prendre le Parquet national financier, qui a récemment vu ses compétences élargies en matière de fraude fiscale ? Sera-t-il amené à devenir l'interlocuteur unique et plénipotentiaire permettant l'aboutissement du dispositif de la coopération comme il en existe aux États-Unis ? Il est indiqué dans l'ouvrage Deals de justice que « tous les systèmes ne disposent pas d'un procureur à la fois central, indépendant, compétent et sensible aux exigences de la vie économique. » (p.11).

Unique et plénipotentiaire, ça je ne sais pas mais interlocuteur, oui, certainement et ça va dans le bon sens. Cela dit je ne comprends pas très bien pourquoi les compétences du Parquet national financier sont limitées aux faits de corruption alors que les Américains ne se limitent à rien. Les quelques dossiers qui ont été traités depuis la création de cet organe montrent que les autorités françaises font très bien leur travail, que leurs méthodes fonctionnent, mais également que cette nouvelle procédure est crédible : les autorités américaines les prennent en compte. Étant donné que nous n'allons pas y

échapper, il faut probablement développer le Parquet national financier.

De nouvelles échelles

Dans la mesure où vous constatez le basculement d'une logique territoriale à une logique de marché, n'importerait plus tant le territoire français que le marché français. La comparaison des *market powers* relatif de la France et des États-Unis semble pourtant rapidement dressée...

Pensez-vous que l'arsenal législatif dont s'est récemment doté la France permette véritablement de faire concurrence à l'extraterritorialité du droit américain ?

Je ne serais pas aussi radical que vous dans la comparaison des pouvoirs de marché respectifs de la France et des États-Unis. La France conserve une place importante, dans le marché mondial mais aussi pour les États-Unis. Parmi les entreprises françaises, on trouve beaucoup de partenaires commerciaux, de fournisseurs, de clients pour les entreprises américaines. Vous l'avez justement rappelé, comme nous sommes dans une logique de marché, les gens avec qui l'on fait beaucoup de *business*, on les respecte, c'est aussi simple que ça. Si les États-Unis sont toujours en position dominante et le seront probablement pour encore un moment, notre arsenal législatif fait indubitablement concurrence à l'extraterritorialité du droit américain, ou en tout cas implique un certain nombre de protections, de sauvegardes qui ne sont pas inutiles. Cela ne veut pas dire qu'on est égaux, mais on n'est pas « rien ».

Si l'on considère que la France n'a pas les moyens de cette politique dans un monde où le dollar est toujours roi, une solution résiderait-elle dans l'attractivité du marché européen, en ce que celle-ci permettrait de brandir la menace d'un ostracisme similaire à celui exhibé par les États-Unis ?

Absolument, même si nous n'en prenons pas forcément le chemin. Mais l'histoire n'est pas écrite à l'avance. J'ai longtemps cru et j'aimerais croire encore à la possibilité d'une Europe plus fortement intégrée, même en comptant moins d'États membres. Pourtant on ne peut pas dire que les gouvernements européens actuels aillent dans le sens d'une plus grande harmonisation.

Vous dites notamment que « l'Europe a aujourd'hui [soit hier en 2013], les inconvénients de la fédération sans en avoir les avantages, à savoir, la protection, entre autres, de ses membres [...]. Elle a les embarras d'une puissance sans être toutefois capable

d'en percevoir les fruits et d'en faire profiter ses ressortissants. » (p.189) En ce sens appelleriez-vous de vos vœux la création d'instance, d'agence ou d'autorité européenne susceptible de concurrencer les *US authorities* ? Seul un arsenal législatif européen serait-il à même d'apporter une réponse à l'extraterritorialité du droit américain ?

Une grande partie de l'harmonisation européenne s'est faite par le droit de la concurrence, parce qu'à travers le droit de la concurrence, la Commission a pu exercer un vrai pouvoir au sein des États membres, et même au-delà. Pendant toutes les années 1970 et 1980 en particulier, le droit européen de la concurrence a pris une énorme ampleur sans la moindre contestation. La Commission européenne, en prenant conscience de ce pouvoir, s'est renforcée et a acquis une forte légitimité.

Le problème tient au cantonnement de cette efficacité de la Commission au droit de la concurrence. En effet les articles 101 et 102 (anciennement 81 et 82) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et portant sur les règles de concurrence sont pratiquement les seuls qui donnent un pouvoir direct de la Commission sur des personnes de droit privé. La plupart des autres articles du traité ne s'adressent qu'aux États membres. Donc, quand des États membres traînent dans l'application du droit européen, ou même y résistent et que la Commission n'a pas de base légale pour passer outre, elle est coincée. C'est donc là toute la difficulté de la Commission aujourd'hui, il faudrait aller vers davantage de verticalité. Pourtant, la tendance actuelle ne va pas dans le sens de lui octroyer plus de pouvoir vertical. Cela étant, si elle en avait les moyens, par le biais d'une base légale dans le traité, on peut penser que la Commission serait largement capable de jouer ce rôle là et avec les mêmes pouvoirs de dissuasion, de contrôle de sanctions que les autorités américaines. Les autorités se parleraient alors d'égaux à égaux et feraient cela très bien.

De nouveaux acteurs

Estimez-vous souhaitable, en droite ligne avec les dispositions du *Dodd-Frank Act* aux États-Unis, qui intéressent le whistleblower en lui promettant un pourcentage des montants qu'il aura permis de recouvrer, que le lanceur d'alerte français soit également intéressé au recouvrement des sommes ?

Je trouve ces dispositions terribles : un individu a été récompensé par la *Security and Exchange Commission* pour avoir dénoncé une entreprise dans laquelle certains éléments trompeurs figurant dans les comptes avaient été publiés. Il a empoché 40 millions de dollars... Ces sommes sont de nature à changer la vie des *whistleblowers*, il y a un changement de loyauté évident : il y a une incitation très forte à dénoncer. A nouveau, du point de vue de l'efficacité, c'est redoutable. Mais on s'éloigne à nouveau des « valeurs ».

Propos recueillis par Charlotte Guillemin et Hugo Pascal

American extraterritoriality: A contrarian view



STEPHEN L. DREYFUSS

Partner, Hellring Lindeman Goldstein & Siegal LLP
Former President Union Internationale des Avocats

It has become fashionable in France in recent years to criticize the allegedly extraterritorial application of US law, particularly the Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”), as an egregious example of American economic imperialism and the “law of the jungle.” In particular, ever since the 2016 report of French Members of Parliament Pierre Lellouche and Karine Berger castigated the application of American anti-corruption legislation to French companies as “legal imperialism,” some continue to describe American enforcement policy (whether under President Obama or President Trump) in highly conspiratorial terms as a “deliberate strategy of economic and political influence conducted by the strong arms of the intelligence agency, the State and Justice Departments as well as the Pentagon who have targeted a certain number of strategic sectors in which the United States believes it must dominate, and to do so, eliminate the competition.”¹

The purpose of this article is to provide a dispassionate analysis of American law without any such *procès d'intention*. This analysis demonstrates that American extraterritoriality is an exception, rather than a rule. When American law is enforced against a foreign actor, the exercise of American jurisdiction is necessarily based on intentional activity by the

foreign actor within the United States, intentional activity by the foreign actor outside the United States as an agent of a US company, or intentional consequences within the United States of foreign actor activity outside its borders. Moreover, far from an exercise in American unilateralism, the FCPA in its current form is in fact the United States’ response to (1) the request in the multilateral *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (“the OECD Convention”) that signatory nations enact anti-bribery laws that apply, *inter alia*, to acts within the signatory country in furtherance of foreign bribes to foreign public officials.²

The case law of the United States Supreme Court is clear and unequivocal in holding that there is a presumption *against* the extraterritorial application of US legislation: It is a ‘longstanding principle of American law “that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.”’³ As the Court held six years later: “It is a basic premise of our legal system that, in general, United States law governs domestically but does not rule the world.”⁴

When the US Congress considered the legislation that became the FCPA in 1977, it therefore was

¹ Remarks of Pierre Lellouche, 30 March 2017, Cabinet Carlara, Paris, published in *Bulletin Quotidien et La Correspondance Economique*, 7 June 2017.

² OECD Convention, art. 4, section 1, and (2) other signatory nations’ failure to enact such laws themselves.

³ [citations omitted] *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.*, 561 US 247 (2010) (slip op. at 5).

⁴ *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 136 S.Ct. 2090, 2100 (2016).

careful to ensure that the extraterritorial impact of the law was limited. The Carter Administration's Treasury Secretary, W. Michael Blumenthal, admitted as much in his testimony before the Senate Committee considering the bill: "There is a problem of extraterritoriality which needs to be carefully addressed. There is also a question of insuring fairness and due process, not only for American citizens but also for those foreign citizens and foreign countries who may in some way become involved and whose reputations become involved in particular allegations. We have to deal with the question of how we can write the bill in such a way that it includes protections in this regard."⁵

In its original form enacted in 1977, the anti-bribery provisions of the FCPA covered only issuers of securities registered in the United States and United States "domestic concerns" — US individuals and companies. Foreign nationals, even when acting as employees or agents of US companies, were subject only to civil penalties, not criminal prosecution. The Act prohibited any knowing act in support of a corrupt payment, offer to pay or authorization to pay or give anything of value, directly or indirectly, to a foreign official for purposes of influencing a decision to obtain or retain business, or secure any improper advantage. It covered all issuers of securities registered in the US, all US citizens and residents, and any legal person organized under the laws of any US state or that maintained its principal place of business in the US.

After enactment of the FCPA, American companies complained that it placed them at a severe disadvantage in competing for business with companies whose countries' laws contained no similar prohibitions against bribery of foreign officials. At the urging of Congress, the United States sought to level the playing field by encouraging trading partners to enact similar legislation. These efforts culminated in 1997 with the OECD Convention, which urged signatory states to cover "any person," not merely issuers of

domestic listed securities or domestic nationals as the FCPA then provided.⁶ The Convention also called on signatory states to assert "nationality jurisdiction" over all acts of their citizens (whether companies or individuals) committed anywhere in the world, to the extent this was consistent with the signatory's legal and constitutional principles.⁷

As the *Hoskins* court demonstrated in a detailed analysis of the legislative history of the 1998 Amendments to the FCPA, Congress strengthened the FCPA not to facilitate a unilateral policy of expanded American prosecutions of foreign companies and individuals, but rather to conform American law to the requirements of the multilateral OECD treaty in the two respects discussed above: to cover the acts of "any person," regardless of nationality, within the United States; and to cover the acts of American individuals and companies committed throughout the world. In addition, the FCPA Amendments treat employees and agents of companies alike, regardless of whether those individuals are US citizens or foreigners, and therefore impose criminal liability for the illegal acts of all agents and employees of US companies, regardless of their citizenship.⁸

In France, on the other hand, there was no rush to implement the OECD Convention by enacting similar anticorruption provisions into French law. The United States deposited its instrument of ratification in December 1998, but France did not ratify the Convention until July 2000. Even then, enforcement of antibribery prohibitions was hardly a priority. In the October 2012 report on France's implementation of the Convention, the OECD Working Group said it was "concerned by the lacklustre response of the authorities in actual or alleged cases of foreign bribery involving French companies. The Working Group finds that sanctions are not sufficiently dissuasive and expresses concern over the lack of confiscation of the proceeds of corruption."⁹

⁵ Hearing on S. 305 before S. Comm. on Banking, Hous., & Urban Affairs, 95th Cong. 67, at 70, *quoted in United States v. Hoskins*, No. 16-1010-cr (2nd Cir. Aug. 24, 2018), slip op. at 43.

⁶ OECD Convention, art. 1, section 1.

⁷ OECD Convention, art. 4, section 2.

⁸ *United States v. Hoskins*, *supra*, slip. op. at 54.

⁹ OECD Press Release, 23 October 2012, concerning *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in France*.

<http://www.oecd.org/corruption/oecdseriouslyconcernedatlacko>

Two years later, in its evaluation of France's response to the Phase 3 Report of 2012, the Working Group stated in October 2014 that it "remains concerned by the lack of proactivity of the authorities in cases which involve French companies in established facts or allegations of foreign bribery. To this day, no French company has yet been convicted for foreign bribery in France, whereas French companies have been convicted abroad for that offence, and the sanctions for convictions of natural persons have not been dissuasive."¹⁰

To France's credit, the OECD's persistent criticisms finally spurred legislative action in November 2016, when France adopted a new "Law on Transparency, the Fight Against Corruption and Modernization of Economic Life," popularly known as the "Loi Sapin 2" named after Michel Sapin who was Finance Minister of France at the time. The Loi Sapin 2 introduced a host of reforms which have transformed the French economic landscape: the creation of the French Anticorruption Agency ("Agence française anticorruption") ("AFA"), the protection of whistleblowers, the creation of a compliance obligation to prevent corruption in larger companies (500+ employees and consolidated revenues exceeding €100 million), the creation of a French version of the American deferred prosecution agreement ("Convention judiciaire d'intérêt public") ("CJIP"), though only for corporate violators, and the authorization of corporate post-conviction monitoring by the AFA for companies convicted of corruption.

Most important from the extraterritoriality standpoint, however, was the Loi Sapin 2's adoption of the very sort of extraterritorial anticorruption authority that French companies and politicians had long decried when exercised by the United States. Article 21 of the law created new articles in the French Penal Code that are designed to implement the recommendations of the Lellouche Report that

France also should prosecute corruption of foreign public officials by French companies and/or by foreign companies with a connection to France. First, the law extended the reach of corruption prosecutions to cases involving the corruption of foreign officials, where previously French law only prohibited corruption of French companies.¹¹ Second, the law authorized French prosecutions of corruption and influence-peddling outside of France when committed either by French nationals, by non-French individuals who reside in France, or by non-French companies and individuals that have all or part of their business in France.¹² The question remains, however, whether the French authorities will take advantage of their new authority to pursue corruption of foreign officials abroad. The initial indications are promising. It appears that the American authorities are willing to conduct joint investigations with French prosecutors and to share the fines and penalties imposed in those investigations with France. For example, in June 2018 the DOJ imposed a \$585 million criminal penalty on Société Générale for FCPA violations in Libya, but agreed that half of the penalty (nearly \$292 million) should be paid to the French National Financial Prosecutor ("*Parquet national financier*" or "PNF") in resolution of its parallel investigation under the Loi Sapin 2. According to the DOJ, this was "the first coordinated resolution with French authorities in a foreign bribery case."¹³ Société Générale entered into a DPA with the DOJ and a CJIP with the PNF, under which the criminal fines were shared equally between the two countries and the DOJ agreed to forego the appointment of a corporate monitor in the United States in reliance on the two-year AFA monitorship imposed on Société Générale as part of its CJIP in France. According to the PNF's June 4, 2018 press release: "This initial coordinated resolution agreement represents a significant advance in the fight against international corruption."¹⁴

[fforeignbriberyconvictionsinfrancebutrecogniserecenteffortstoensureindependenceofprosecutors.htm](http://www.oecd.org/newsroom/statement-of-the-oecd-ensure-independence-of-prosecutors.htm)

¹⁰ OECD Press Release, 23 October 2014, concerning *Statement of the OECD Working Group on Bribery on France's Implementation of the Anti-Bribery Convention*. <http://www.oecd.org/newsroom/statement-of-the-oecd->

[working-group-on-bribery-on-france-s-implementation-of-the-anti-bribery-convention.htm](http://www.oecd.org/newsroom/working-group-on-bribery-on-france-s-implementation-of-the-anti-bribery-convention.htm)

¹¹ See OECD Convention, art. 3, section 1.

¹² French Penal Code, Articles 435-6-2 and 435-11-2.

¹³ DOJ Press Release, 4 June 2018.

¹⁴ Communiqué de presse PNF, 4 June 2018.

Cultural and legal barriers to continued French-American enforcement cooperation, however, remain strong. The touchstone of the exercise of the DOJ's prosecutorial discretion in FCPA cases is self-reporting of misconduct. Companies that fail to self-report are treated far more severely than those that self-disclose their own misconduct.¹⁵

The PNF has tried to adopt a similar policy in France, but the cultural imperative for French companies and lawyers traditionally has been defense and opposition, not cooperation, compliance and self-reporting. The fact that the CJIP is only available to companies and cannot protect individual company executives also makes it difficult for the PNF to insist on self-disclosure. The DOJ can protect a CEO who makes voluntary disclosures of corporate wrongdoing from personal criminal liability for that wrongdoing; the PNF and the AFA cannot. Nonetheless, since the enactment of the Loi Sapin 2 compliance has become the same sort of cottage industry in France as it long has been in the United States and the United Kingdom.

Indeed, the affirmative compliance obligations established by the Loi Sapin 2 are arguably even more demanding than those in the United States, since US compliance obligations are largely the consequence of DOJ enforcement policies rather than the text of the FCPA itself.¹⁶ The DOJ's April 2016 "FCPA enforcement pilot program," which now has been made permanent, contains detailed criteria for the "[i]mplementation of an effective compliance and ethics program" that is "required for a company to receive credit for timely and appropriate mediation" under the pilot program.¹⁷

Although the FCPA imposes a number of broad "accounting provisions" that require US issuers of

securities to maintain fair and accurate books and records, implement internal controls to ensure that corporate acts are duly authorized and designate a "control person" who is accountable for systems and procedures, the compliance obligations imposed on large French companies under the Loi Sapin 2 are far more detailed and extensive. They include implementation of an ethics code, an internal whistleblowing procedure, risk mapping, assessment procedures for customers, suppliers and intermediaries, accounting checks, employee training, internal disciplinary sanctions and internal procedures to assess the implementation of these required elements.¹⁸ Despite the detail already present in the statute, moreover, the law also required the AFA to issue guidelines detailing its expectations for corporate compliance programs. These guidelines were issued in the *Journal Officiel* on 22 December 2017, and although they recite that they are "inspired by the best international standards," a clear reference to the DOJ's 2016 Pilot Program and 2017 "Evaluation of Corporate Compliance Programs," and the 2010 Guidance under the UK Bribery Act, they are far more detailed than any of those documents. Since the AFA Guidelines do not have the force of law, however, the extent to which the AFA will specifically enforce them remains to be seen.

In summary, American extraterritorial enforcement of the FCPA has been a response to two conditions: the imperatives of the OECD Convention, and the absence of effective anticorruption enforcement in other countries (including OECD Convention signatories such as France). Now that France has enacted a comprehensive legislative and administrative system to combat influence-peddling and bribery of foreign public officials, the United

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Communique_CJIP_SG_LIA_-_4_juin_2018.pdf

¹⁵ See, e.g., DOJ 4 June 2018 Press Release for Société Générale's total \$680 million in fines to various agencies: "The Department entered into this resolution in part due to Société Générale's failure to voluntarily self-disclose the companies' misconduct to the Department...". See also the DOJ's press release announcing resolution of its FCPA investigation into foreign bribery by Alstom, citing "Alstom's failure to voluntarily disclose the misconduct even though it was aware of related misconduct at a US subsidiary that previously resolved corruption charges with the department... ; Alstom's refusal to fully cooperate with the

department's investigation for several years," and the fact that "Alstom and its subsidiaries also attempted to conceal the bribery scheme by retaining consultants purportedly to provide consulting services, but who actually served as conduits for corrupt payments to the government officials."

¹⁶ See, e.g., DOJ Press Release, "The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance," 5 April 2016, Section 3 ("Timely and Appropriate Remediation in FCPA Matters").

¹⁷ DOJ 5 April 2016 Press Release, Section 3.

¹⁸ Compare 15 USC § 78m(b) with Loi Sapin 2, art. 17.

States has shown readiness to cooperate with and defer to French investigations of misconduct that might previously have been the subject of American extraterritorial enforcement. From now on, foreign bribery by French citizens and French-connected companies anywhere in the world will increasingly be subject to French prosecution, and the pecuniary

remedies will flow into the French Treasury rather than foreign coffers. To achieve this goal, however, France must be willing to continue to devote substantial public resources — even in this time of fiscal strain — to the fight against corruption of public officials around the world.

Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs



KAMI HAERI

Avocat associé, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

VALÉRIE MUNOZ-PONS

Counsel, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

L'adoption de la loi Sapin II a transformé l'approche des questions de corruption en droit français. S'agissant de prévention tout d'abord, les entreprises les plus importantes sont désormais contraintes de formaliser des plans pour anticiper la survenance de faits d'atteinte à la probité et favoriser leur détection. Cette démarche s'inscrit naturellement dans le cadre fixé par la loi mais doit aussi tenir compte d'une nouvelle soft law constituée par les recommandations ambitieuses de l'Agence Française Anticorruption (ci-après « l'AFA » ou « l'agence »). Les directions juridiques doivent donc trancher entre des mesures a minima - permettant de limiter les budgets engagés tout en se conformant aux obligations voulues par le législateur - et un déploiement extensif, appelé de ses vœux par l'AFA qui est non seulement conseiller en la matière mais également enquêteur et autorité de sanctions (I). S'agissant du traitement des faits de corruption poursuivis par les autorités judiciaires, une nouvelle manière de dialoguer se développe. L'entreprise et ses conseils sont amenés à devenir de véritables interlocuteurs des autorités et non plus seulement la cible des investigations lancées par le parquet national

financier ou les juges d'instruction. Ce dialogue s'appuie à la fois sur le partage des informations recueillies dans le cadre des enquêtes internes et sur la négociation des conventions judiciaires d'intérêt public appelées à se multiplier (II).

Aux termes de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (ci-après « Loi Sapin II »), l'AFA a été chargée de superviser la mise en place de plans de prévention et de détection de faits de corruption et de sanctionner les entreprises qui manqueraient aux obligations de prévention imposées par l'article 17 de la Loi Sapin II¹. Depuis plus d'un an, l'AFA a diffusé des recommandations, des guides pratiques ainsi qu'une charte de contrôle clarifiant les droits et devoirs de ses agents². Le 2 octobre 2018, l'AFA a, en outre, publié une charte d'appui aux entreprises dont l'objectif annoncé est d'accompagner les acteurs économiques dans la mise en place ou le renforcement de leur programme anti-corruption³. Ainsi s'exprime la volonté de l'AFA de créer un climat de confiance et de dialogue entre elle et les entreprises. Cette démarche s'inscrit dans le

¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 1.

² Site internet de l'AFA, page d'accueil, [https://www.economie.gouv.fr/afa].

³ Agence française anti-corruption, Communiqué de presse : « L'agence française anti-corruption lance sa charte d'appui aux entreprises », 2 octobre 2018, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Communique_de_presse_Charte_dappui_aux_entreprises.pdf].

prolongement de la consultation publique qui avait précédé la publication des recommandations au mois de décembre 2017⁴ (I). Dans le même temps, les échanges entre les entreprises et les autorités judiciaires sont également amenés à s'intensifier. En effet, l'instauration de la convention judiciaire d'intérêt public s'accompagne nécessairement d'une concertation accrue (II).

I. Au cœur du dispositif français de prévention de la corruption, le dialogue entre l'AFA et les entreprises

Le législateur a placé l'AFA au centre du dispositif de régulation en matière de prévention et de détection de la corruption (A). Les recommandations de l'AFA et les prises de parole de ses représentants laissent penser que l'autorité souhaite faire une appréciation extensive des obligations légalement prévues (B). Cela pose question puisque son rôle ne se limite pas à fournir un appui aux entreprises à travers la rédaction de recommandations et de chartes mais va au-delà dans le cadre des pouvoirs d'enquête et de sanction qui lui ont été confiés (C).

A. L'AFA, interlocuteur central des entreprises en matière de lutte contre la corruption

La Commission européenne et l'OCDE avaient appelé de leurs vœux la création d'une structure indépendante se consacrant à la lutte anticorruption et dotée de réelles capacités d'investigation (ce que n'avait pas l'ancêtre de l'AFA, le service central de prévention de la corruption)⁵.

L'article 3 de la Loi Sapin II a assigné à l'AFA une mission globale de prévention et de lutte contre la corruption et l'a placée au centre du dispositif. Les missions de l'AFA sont nombreuses et diversifiées et la conduisent à être désormais l'interlocuteur central des entreprises sur les questions d'éthique et d'atteinte à la probité.

L'AFA s'est en particulier vu confier une mission d'appui aux personnes morales de droit privé et public. Elle est légalement chargée de la publication de « recommandations » génériques qui ont vocation à être prolongées par des actions d'appui spécifique et individuel. L'objectif affiché par l'AFA est de faciliter le déploiement de dispositifs anticorruption efficaces. Si ces recommandations n'ont pas de valeur contraignante, il ne faut pas oublier que la loi a également confié à l'AFA la mission de contrôler, de sa propre initiative ou la demande de certaines autorités, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre. Dans l'hypothèse où ces contrôles mettraient au jour des carences, c'est également l'AFA, par la voix de sa commission des sanctions, qui sera légalement chargée de prononcer des injonctions de mise en conformité ou des sanctions pécuniaires.

Ainsi, en tant qu'interlocuteur des entreprises privées et publiques, l'AFA assure légalement un triple rôle : fournir un appui générique ou personnalisé dans le déploiement des plans de prévention, contrôler leur bonne exécution au sein des personnes morales publiques et privées et enfin, sanctionner les carences.

Ce faisant, l'AFA se trouve au cœur de la doctrine et assure, dans le même temps, le rôle d'autorité de poursuite et de sanction. Probablement consciente des questions que ce triple rôle peut poser au regard des droits de la défense, l'AFA n'a pas manqué de rappeler que « *les missions d'appui et de conseil, d'une part, et de contrôle d'autre part, sont exercées chacune par une sous-direction de l'AFA. Si elles poursuivent le même objectif – prévenir les atteintes à la probité – ces deux missions s'exercent néanmoins de manière totalement indépendante* »⁶.

Ce triple rôle de l'AFA a nécessairement une incidence sur la qualité du dialogue et la transparence des relations avec les entreprises. Il peut en effet être délicat de s'ouvrir des difficultés rencontrées et de solliciter des conseils auprès d'une

⁴ AFA, Communiqué de presse : « *Projet de recommandations sur la prévention des atteintes à la probité : l'Agence française anticorruption lance une consultation publique* », 5 octobre 2017, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Communiqu%C3%A9_-_5_octobre_2017_-_LAFa_lance_une_consultation_publique.pdf].

⁵ Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons, « *La loi Sapin II : Une révolution juridique et culturelle* », RLDA, 122, p. 1.

⁶ Agence française anti-corruption, « *Charte d'appui aux entreprises* », septembre 2018, p. 3. [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2018-09_-_Charte_dappui_aux_acteurs_eco.pdf]

autorité qui détient le pouvoir de lancer des contrôles exhaustifs et de sanctionner les entreprises.

Le champ d'intervention de l'AFA est très large. Le législateur a également souhaité doter cette autorité d'un pouvoir conséquent. La loi a bien placé l'AFA sous la tutelle des ministères de la Justice et du Budget, mais il semble que ce soit avant tout pour lui apporter les moyens nécessaires à ses missions, notamment en termes d'effectif. Sur le fond, la loi Sapin II soulignait dès sa création l'indépendance de l'AFA en précisant que « *le magistrat qui dirige l'agence ne reçoit ni ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale* » (article 2, alinéa 2).

On peut donc légitimement s'interroger sur les prérogatives très importantes qui ont été confiées à une autorité à la fois prescripteur et curateur. Dans les années qui viennent, les décisions de sanctions et les recours administratifs qui ne manqueront pas de suivre permettront de déterminer plus précisément l'étendue des prérogatives de l'AFA.

B. L'appréciation extensive des obligations de prévention faite par l'AFA

L'AFA le revendique elle-même : ses recommandations sont « *inspirées des meilleurs standards internationaux* ». Elles « *complètent le dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016 susmentionnée et constituent à ce titre le référentiel anticorruption français* »⁷. Bien que ses recommandations ne soient pas légalement créatrices de devoirs pour les agents économiques, l'AFA souhaite qu'elles constituent l'épine dorsale sur laquelle se fondent les dispositifs créés au sein des entreprises afin de lutter contre la corruption.

L'AFA s'affiche en gardienne de la réputation des entreprises françaises et de leur compétitivité. Le directeur de l'AFA, Charles Duchaine, a décrit en ces termes les objectifs de l'autorité : « *Le schéma-*

cible ainsi constitué doit permettre aux personnes morales concernées de maîtriser le risque de voir leur réputation et leur valeur économique entachées d'atteinte à la probité. Il contribue en outre au développement d'un environnement concurrentiel sain ainsi qu'à l'amélioration de la compétitivité des entreprises françaises et de leur capacité à contribuer à la croissance économique ». L'ambition affichée par l'AFA est de se positionner à la fois comme un rempart à l'effet extraterritorial du droit américain et comme une autorité répressive crainte par les acteurs économiques.

Sous ces objectifs louables, on peut s'étonner de trouver dans les publications et les discours des représentants de l'AFA une volonté d'aller au-delà de ce que la loi a prévu, ce qui serait sans doute moins inquiétant si l'agence n'était pas également une autorité de sanction.

Ainsi, l'AFA a élargi le champ d'application des obligations de l'article 17 de la loi Sapin II en décrétant que ses recommandations relatives aux mesures visant à prévenir et à détecter des faits de corruption étaient « destinées à l'ensemble des personnes morales de droit privé ou de droit public, quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs ». Elle a, en outre, souligné que ces recommandations devaient s'appliquer également à toutes les entités non dotées de la personnalité morale. Un tel champ d'application est beaucoup plus large que ce qui a été prévu et voté par le législateur. En effet, si l'on se réfère à l'article 17 de la loi Sapin II, seules sont soumises à l'obligation de se doter d'un plan de prévention les sociétés employant au moins 500 salariés ou les groupes français de sociétés d'au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros¹⁰. La volonté de l'agence est donc

⁷ Charles Duchaine, « *Discours du 19 décembre 2017 - Conférence-débat en présence de Nicole Belloubet et de Gérald Darmanin* », p. 2, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/19122017 - Discours de Charles Duchaine.pdf].

⁸ AFA, « *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de*

prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », 22 décembre 2017, p. 1.

⁹ Interview de Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anti-corruption dans le cadre de l'étude « *Compliance et transparence en 2018 - Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière* », Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 157, Janvier 2018, dossier 1.

¹⁰ Sapin II, art. 17 I ; Ibid [12], p. 1.

certes de créer un dialogue avec les entités économiques mais aussi d'étendre sa vision au-delà de ce que prévoyait le législateur.

De la même façon, si la loi Sapin II fait notamment peser la responsabilité de déployer des plans de prévention sur les dirigeants personnes physiques des sociétés concernées, elle n'impose ni l'existence d'un *compliance officer* ni l'implication expresse des dirigeants dans le déploiement du plan de prévention. Or, les recommandations de l'AFA ont ajouté cette obligation aux sept obligations déjà prévues par l'article 17 de la loi Sapin (à savoir le code de conduite, le dispositif d'alerte, la cartographie des risques, la procédure d'évaluation des tiers, le régime disciplinaire et le dispositif de contrôle)¹¹. En effet, au premier rang des obligations, l'AFA mentionne l'engagement de l'instance dirigeante soulignant que cet engagement doit reposer sur une politique de tolérance zéro envers tout comportement contraire à l'éthique et constitue « un élément fondateur de la démarche de prévention et de détraction de la corruption ». Ainsi, l'AFA érige cet engagement de l'instance en élément nécessaire à l'efficacité du programme anticorruption¹². On peut s'interroger sur les décisions qui seront prises par la commission des sanctions si cet engagement fait défaut. Cela signifiera-t-il nécessairement que le plan de prévention est incomplet ? Le cas échéant, on pourrait légitimement s'en émouvoir puisque l'article 17 de la loi Sapin II n'impose pas cette exigence.

Les entreprises soumises à l'obligation de prévention contre le risque de corruption doivent également mettre en place des procédures de *due diligence* visant à apprécier les risques de sollicitation de la part de tiers avec lesquels elles entrent en relation d'affaires. Le texte de la loi Sapin II prévoit que des mesures d'évaluation doivent être mises en place pour évaluer le risque lié aux interactions avec les « clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires » au regard de la cartographie des risques. Or, dans ses recommandations, l'AFA a élargi le périmètre des tiers pour lesquels des vérifications sont nécessaires. En effet, il ne s'agit pas seulement des clients, fournisseurs et

intermédiaires, tel que la loi Sapin II le prévoit. L'AFA recommande aux entreprises d'évaluer les risques que représentent toutes les personnes avec lesquelles elles sont en relation, en particulier celles qui présentent un risque de corruption. Par ailleurs, les exigences de l'AFA en termes de méthodologie et de mesures d'évaluation sont extrêmement lourdes et parfois difficiles à mettre en application¹³. Les entreprises doivent ainsi mettre en œuvre un lourd dispositif consistant, dans un premier temps, à identifier l'ensemble des tiers avec lesquels elles entrent en relation d'affaires puis, dans un second temps, à procéder à l'évaluation proprement dite de ces tiers en collectant un grand nombre d'informations. La méthodologie préconisée par l'AFA engendre des contraintes lourdes pour les entreprises, non seulement en termes de moyens financiers et humains mais aussi en termes de délais, les évaluations multiples – et nécessairement préalables – pouvant compromettre la relation d'affaires. La mise en pratique des recommandations de l'AFA est donc délicate pour les entreprises qui, en l'absence de précédent tranché par la commission des sanctions, ignorent pour l'instant quelles seraient les conséquences d'un défaut de conformité aux recommandations, et ce alors même que celles-ci sont légalement dépourvues de force obligatoire.

La même extension du champ des obligations imposées aux entreprises existe en matière de formation. Ainsi, la loi impose de former les « cadres et [les] personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence » ; l'AFA, quant à elle, recommande « d'organiser une sensibilisation de l'ensemble des personnels ».

Ainsi, près de deux ans après son installation et alors qu'aucune procédure n'a encore donné lieu à la saisine de la commission des sanctions, de nombreuses incertitudes demeurent sur le caractère coercitif qui serait attribué aux recommandations de l'AFA, plaçant les entreprises dans une véritable insécurité juridique. Il reste à espérer que les éclaircissements utiles interviendront rapidement et

¹¹ Sapin II, art. 17 I.

¹² Ibid [12], p. 6-7.

Voir aussi Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons, « *La création d'un référentiel anticorruption à la française* », Dalloz

actualités, 19 Janvier 2018, p. 3. [<https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/creation-d-un-referentiel-anticorruption-francaise#.W-7blehKiUk>]

¹³ Ibid [12], p. 20-21.

qu'ils ne se feront pas au détriment des acteurs économiques.

Consciente de cette difficulté, l'AFA s'est engagée dans une démarche de concertation et a publié au mois d'octobre 2018 une charte d'appui aux acteurs économiques destinée à encadrer les relations de l'AFA avec les entreprises et les établissements publics à caractère non lucratif dans le cadre de sa fonction conseil.¹⁴ L'AFA entend assister les entreprises à des degrés différents, allant d'un accompagnement global au travers de ses publications à un appui individuel. Il s'agit d'une première réponse aux interrogations des entreprises qui se trouvent contraintes d'adopter des programmes de prévention et de détection parfois difficiles à mettre en œuvre. L'objectif est non seulement d'aider les entreprises qui le demanderaient, mais aussi de se servir de ces chantiers d'accompagnement comme base pour résoudre les difficultés éventuellement rencontrées dans le déploiement des programmes anti-corruption par d'autres entreprises. L'agence parle d'ailleurs de « logique collaborative entre les acteurs économiques et le régulateur ». Bien que l'AFA garantisse l'indépendance entre la sous-direction conseil et la sous-direction contrôle, il sera intéressant de comparer les reproches faits aux entreprises sanctionnées et les conseils octroyés par l'agence.

C. La délicate conciliation des rôles d'appui, de contrôle et de sanction

La direction de l'agence a déclaré que pour que le système de l'AFA apporte une réponse adaptée, « il faut que [l'action] de prévention [de l'AFA] puisse rassurer et que [ses] capacités de répression puissent, elles, inspirer la crainte ». Il ne cache donc pas sa volonté d'inspirer la crainte de par sa capacité de répression¹⁵.

L'AFA effectue des contrôles à la fois sur pièces et sur place pour évaluer le déploiement et la qualité des programmes de conformité. L'article 4 de la loi Sapin II prévoit que les agents de l'AFA peuvent « se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support,

ou toute information utile ». L'agence n'étant pas chargée de la recherche et de la poursuite d'infractions pénales, ses agents ne disposent pas de pouvoirs de police judiciaire ou de pouvoir coercitif. Ils ne peuvent ainsi pas réaliser de perquisition. Toutefois, le droit de communication prévu par l'article 4 de la loi Sapin II semble les autoriser à se faire communiquer tout document professionnel ainsi que tout renseignement utile au contrôle, à s'entretenir avec toute personne dont le concours paraît nécessaire afin de vérifier l'exactitude des informations transmises. Les entités contrôlées ne peuvent se prévaloir du secret professionnel pour refuser d'accomplir l'une de ces obligations.

L'anticipation des éventuels contrôles et du dialogue avec l'AFA dans ce cadre est rendue délicate par l'absence de mention expresse sur le régime des correspondances entre l'avocat et son client. En effet, ni la loi, ni les décrets d'application, ni la « Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle de l'Agence française anticorruption » publiée par l'AFA ne rappellent le régime protecteur qui devait, en toute logique, être attaché à ces échanges. Pour favoriser le dialogue avec les entreprises et assainir cette relation, il serait judicieux que l'agence prenne clairement position pour limiter le type de documents auxquels les agents ont accès lors d'un contrôle, sur le modèle des visites diligentées dans le cadre d'enquêtes de la DGCCRF ou de la Commission Européenne, en écartant en particulier ceux couverts par le secret professionnel de l'avocat¹⁶.

La question de la prise en compte des observations formulées par l'entité contrôlée et ses conseils constitue une autre difficulté pratique dans le cadre des contrôles qui nuit à la qualité du dialogue entre les entreprises et le régulateur. Il est prévu que les entités contrôlées communiquent leurs éventuelles observations écrites dans les deux mois qui suivent la notification du rapport de contrôle même lorsque celui-ci n'établit pas de constat de manquement¹⁷. Les entités contrôlées se voient ainsi notifier le rapport avant même d'avoir pu présenter leurs

¹⁴ Agence française anti-corruption, « Charte d'appui aux entreprises », septembre 2018, p. 3. [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2018-09_-_Charte_dappui_aux_acteurs_eco.pdf]

¹⁵ Ibid [6], p. 4.

¹⁶ Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons, « La riposte du législateur français face à l'extraterritorialité des lois américaines anti-corruption », Revue des Juristes de Sciences Po n° 14, Janvier 2018, p. 101.

¹⁷ Agence française anti-corruption, Rapport annuel 2017, p. 21.

observations écrites¹⁸. Cela peut paraître bien tardif lorsque la version finale du rapport est déjà établie et éventuellement prête à être transmise au parquet dans l'hypothèse où l'AFA considérerait que des faits sont susceptibles de constituer une infraction pénalement sanctionnée¹⁹. Une modification de la procédure sur le modèle de ce qui existe devant l'AMF ou l'ACPR serait souhaitable. En effet, dans le cadre de ces contrôles, les entités contrôlées ont un droit de réponse avant l'élaboration du rapport final²⁰ et peuvent ainsi espérer que leur position sera prise en compte dans la rédaction de ce document particulièrement important.

La mission de contrôle de l'AFA n'est pas limitée au contrôle du respect des huit mesures et procédures devant être mises en œuvre par les dirigeants des sociétés et établissements publics industriels et commerciaux assujettis aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin II. L'autorité exerce également un contrôle post-sanctions. Elle contrôle non seulement l'exécution des sanctions administratives prises par la commission des sanctions mais aussi les peines de conformité prononcées par les juridictions répressives à titre de peine complémentaire en cas de condamnation pour des faits d'atteinte à la probité. Elle contrôle enfin l'exécution des plans de conformité ordonnés dans le cadre des conventions judiciaires d'intérêt public²¹. Dans ce cadre, elle sera à nouveau un interlocuteur des entreprises et parfois même un intermédiaire avec d'autres régulateurs français ou étrangers. Il sera donc d'autant plus important de définir précisément ses prérogatives et les garanties fournies aux entreprises qui entreront en contact avec ses services.

II. Une collaboration nouvelle entre mis en cause et autorités judiciaires

La lutte contre la corruption ne se limite naturellement pas au volet « prévention » de la loi Sapin II. En instaurant la convention judiciaire d'intérêt public, le législateur a transformé les enjeux du dialogue judiciaire dont l'objectif peut

désormais être de parvenir à une solution négociée. Les échanges pour aboutir à cette solution négociée démarrent au stade préliminaire des investigations et consistent à partager avec les autorités judiciaires les informations recueillies dans le cadre des enquêtes internes (A). Sur cette base pourra ensuite s'ouvrir une négociation sur les modalités d'une éventuelle convention judiciaire d'intérêt public (B).

A. Un dialogue fondé sur le partage des éléments recueillis dans le cadre des enquêtes internes

Le 13 septembre 2016, le conseil de l'Ordre du barreau de Paris a adopté un « Vade-mecum de l'avocat chargé d'une enquête interne »²² consacrant une pratique ancienne mais appelée à se développer avec l'adoption de la loi Sapin II. Deux ans plus tard, un nouveau rapport est en préparation afin d'éclairer les praticiens et de mieux fixer le socle déontologique.

Si la tendance a précédé l'adoption de la loi Sapin II, les enquêtes internes en cas de suspicion de faits délictueux se sont multipliées ces dernières années et en particulier sur les questions d'atteinte à la probité. Parallèlement aux investigations conduites par le Procureur de la République ou un juge d'instruction peut ainsi être conduite une enquête interne approfondie dont l'objectif principal est l'anticipation et l'évaluation du risque auquel est confrontée l'entreprise. Cette enquête interne repose sur une analyse documentaire (examen des emails, des contrats, des dossiers de *compliance*...) et peut également impliquer l'audition de salariés par les avocats de l'entreprise. Pour réaliser ces travaux, l'avocat de l'entreprise se retrouve souvent au cœur d'une équipe interdisciplinaire regroupant d'autres avocats, des experts du chiffre et des consultants spécialisés en « forensic », capables de fournir une aide à la recherche grâce à des logiciels adaptés. Au terme de sa mission d'enquête interne, l'avocat rédige un rapport sur lequel lui-même et son client pourront s'appuyer lors de leurs interactions avec les autorités judiciaires, voire lors des négociations préalables à la signature d'une convention judiciaire d'intérêt public. Si l'objectif premier de ces

¹⁸ Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, art. 5.

¹⁹ Ibid [28], p. 101.

²⁰ Règlement général de l'AMF, Art. 144-2-1.

²¹ Loi Sapin II, art. 3 4°.

²² Règlement Intérieur du barreau de Paris, Annexe XXIV : « *Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne* ».

investigations internes est d'évaluer le risque, un enjeu réside également dans les modalités et l'étendue du transfert des informations recueillies aux autorités judiciaires. Ce dialogue et ces échanges d'informations entre l'entreprise, ses conseils et le régulateur soulèvent des questions juridiques et déontologiques.

La première question est celle de la recevabilité de la preuve ainsi recueillie. En matière pénale, la preuve peut être établie par tout moyen, ce qui devrait assurer la recevabilité des éléments recueillis à condition, naturellement, que la loyauté des mesures déployées ne puisse pas être remise en cause. D'après les recommandations contenues dans le Vade-mecum, l'avocat, bien qu'il soit tenu au secret professionnel, doit informer les personnes auditionnées et les autres personnes impliquées dans l'enquête interne que leurs déclarations ainsi que les informations recueillies pourront être utilisées par son client et figureront dans son rapport. Le Vade-mecum prévoit en outre que l'avocat doit mentionner qu'il n'est pas l'avocat des personnes qu'il auditionne mais qu'il est le conseil du client qui l'a mandaté pour faire cette enquête²³. Le Vade-mecum recommande également d'indiquer à la personne auditionnée qu'elle peut se faire conseiller ou assister par un avocat s'il existe une possibilité que des faits lui soient reprochés à l'issue de l'enquête interne. Il préconise de donner la possibilité à la personne entendue de relire ses déclarations même si, en pratique, cela n'est pas toujours possible pour des raisons de confidentialité notamment. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat est maintenu au regard du client qu'il représente et assiste mais pas au regard de la personne auditionnée²⁴.

Dans le cadre des procédures internationales, d'autres questions pourront également se poser et en particulier l'incidence de ce dialogue et de ces échanges « volontaires » avec les autorités sur la préservation du secret professionnel protégeant

l'intervention des avocats britanniques ou américains. En effet, il faut s'assurer qu'une communication d'informations aux autorités françaises, mue par une volonté de collaborer, ne soit pas considérée comme une renonciation volontaire (« *waiver* ») à bénéficiaire de la protection prévue sur les mêmes sujets dans le cadre du *legal professional privilege* britannique ou de la *Work Product Doctrine* américaine. La multiplication des procédures devrait permettre, dans les prochaines années, de préciser le contour et les incidences de ces pratiques mais un principe de précaution s'impose à ce stade et nécessite d'analyser au cas par cas les incidences de ces démarches coopératives.

B. Un dialogue collaboratif pour parvenir à une solution négociée

La loi Sapin II a introduit un mécanisme de justice négociée appelé convention judiciaire d'intérêt public (ci-après la « CJIP ») et inspiré du *deferred prosecution agreement* américain²⁵. Cette solution peut être proposée par le procureur de la République à l'entreprise avant la mise en mouvement de l'action publique ou, en cas d'information judiciaire, après la mise en examen²⁶. Dans ce second cas, l'entreprise doit reconnaître les faits et accepter la qualification pénale retenue²⁷. Le champ d'application de la CJIP s'étend aux faits de corruption et de trafic d'influence, ainsi qu'au blanchiment de fraude fiscale et aux infractions connexes²⁸.

Traditionnellement, la justice pénale constituait la forme par excellence de la justice imposée. En 2004, la loi Perben II a créé la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui constituait une première en introduisant une forme de négociation en matière pénale²⁹. Dans ce cadre, le Procureur propose une peine au mis en cause qui est libre de l'accepter ou de la refuser³⁰. Ce processus négocié a connu une évolution constante depuis sa création et occupe une place significative en matière pénale en général, et dans les procédures

²³ Règlement Intérieur National de la profession d'avocat.

²⁴ Laurence Garnerie, Interview de Me Jean-Pierre Grandjean : « *Enquêtes internes : Les avocats doivent trouver leur place dans cette évolution* », LJA, 22 septembre 2016.

²⁵ Loi Sapin II, art. 22.

²⁶ C. pr. pen, arts. 180-2 et 41-1-2.

²⁷ C. pr. pen, art. 180-2.

²⁸ C. pr. pen, art. 41-1-2 (modifié par la Loi n°2018-898 du 23 octobre 2018).

²⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1).

³⁰ C. pr. pen, art. 495-8.

simplifiées en particulier³¹. Toutefois, dans la majorité des cas, le mis en cause n'intervient pas dans la définition de la sanction qu'il doit subir. On le consulte sur les faits et sur les éléments de sa personnalité qui devront permettre au juge de fixer une peine. L'échange des éléments et la parole de l'avocat – que ce soit dans la phase d'investigation ou de jugement – ne sauraient être vus comme une négociation dans les procédures pénales classiques.

A l'inverse, les négociations en vue de parvenir à une CJIP donnent lieu à un dialogue d'un type nouveau entre la société mise en cause, ses conseils et le parquet. La transformation portée par la CJIP consiste dans le fait de placer une négociation sur la sanction au cœur de la procédure pénale. Il s'agit d'une révolution culturelle tant pour le Procureur de la République que pour l'avocat.

Les procureurs, tout d'abord, ont pour fonction traditionnelle de représenter l'ordre public en justice. Ni leur formation initiale ni leur culture professionnelle ne les prédisposent à adopter une démarche de négociation qui plus est avec des avocats à l'égard desquels ils entretiennent parfois une méfiance accentuée telle qu'observée ces dernières années.

La pratique de la négociation constitue également un changement fondamental pour les avocats pénalistes, généralement plus familiers d'une défense d'opposition. Une telle évolution impliquera de faire évoluer les compétences acquises lors de la formation initiale et de passer d'un enseignement centré sur la maîtrise du droit et l'éloquence à des compétences relationnelles accrues. La capacité à tisser des liens de confiance avec les représentants du parquet sera, en effet, un facteur clé dans le succès des négociations préalables à la conclusion des conventions judiciaires d'intérêt public.

Ces négociations peuvent échouer. Ce fut le cas pour la CJIP envisagée par le parquet national financier dans le dossier UBS. Au mois de mars 2017, la banque UBS avait en effet choisi de mettre un terme aux négociations engagées avec le Procureur national financier, soulignant que ce qui avait été proposé n'était pas « raisonnable »³². Le montant officiellement proposé par le parquet national financier s'élevait à 1,1 milliard d'euros soit la somme que la banque avait déjà versée dans le cadre de l'information judiciaire. La presse a rapporté que la somme réclamée par le parquet national financier était, en réalité, « bien supérieure » à ce montant³³. Après l'échec de cette CJIP, un procès s'est tenu devant la 32^{ème} chambre correctionnelle du tribunal aux mois d'octobre et novembre 2018. Le parquet national financier a requis 3,7 milliards d'euros d'amende à l'encontre de la banque et 1,6 milliard d'euros à titre de dommages-intérêts. Le délibéré sera rendu le 19 février 2019³⁴. La teneur de ce délibéré sera certainement riche d'enseignements pour les négociations à venir dans le cadre d'éventuelles CJIP avec le parquet national financier.

Ainsi, le dialogue entre entreprises et régulateurs se trouve transformé, tant au stade de la prévention de la corruption qu'au stade de la sanction que le législateur a voulu faire évoluer vers une solution négociée. Chaque acteur devra trouver sa place dans ce nouveau cadre légal, parfois dans le silence des textes. Les prochaines années verront sans doute des affaires tranchées par la commission des sanctions de l'AFA portées devant les juridictions administratives. De même, la multiplication des CJIP devrait permettre d'apporter des précisions sur les modalités de négociation et les risques en cas d'échec.

³¹ Rodolphe Houllé, Guillaume Vaney, « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, une procédure pénale de plus en plus utilisée* », Bulletin d'information statistique n°157 du Ministère de la Justice, décembre 2017.

³² Yann Le Guernigou, *Vers un procès UBS pour blanchiment de fraude fiscale* : Reuters, 19 mars 2017, [https://fr.reuters.com/article/businessNews/idFRKBN16Q0E7-OFBBS].

³³ *Idem*.

³⁴ Yann Bouchez, *Procès UBS : les avocats de la banque dénoncent un « néant probatoire »* : Le Monde, 16 novembre 2018, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/11/16/proces-ubs-les-avocats-de-la-banque-denoncent-un-neant-probatoire_5384302_3234.html].

Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir



JEAN-PIERRE MIGNARD

Avocat associé, Lysias Partners

Maître de Conférences à Sciences Po

La Convention judiciaire d'intérêt public est d'abord un instrument de souveraineté. Le prix payé par les entreprises françaises au retard dans la répression de la corruption d'agents publics étrangers était lourd. Ce retard expliquait l'irritation du *Department of Justice* des Etats Unis et entraînait l'application extraterritoriale du *Foreign Corrupt Practices Act*, (FCPA) adopté en 1977.

C'est dans ce contexte que la France s'est dotée d'un texte de loi relatif à la transparence, la lutte contre la corruption, et la modernisation de la vie économique. L'harmonisation des normes françaises avec les standards principalement anglo-saxons est la boussole pendue au-dessus du berceau de la CJIP.

Désormais, par le mécanisme de la Convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») créé par la loi Sapin II, la législation française autorise le Parquet National Financier (*id est* les procureurs) à transiger avec des personnes morales dans le cadre d'infractions économiques limitativement énumérées.

Ces infractions visent des atteintes à la probité comme la corruption active et passive, le trafic

d'influence, ainsi que le blanchiment de fraude fiscale, à l'exclusion du délit de fraude fiscale.

A la suite, le législateur a transféré au parquet national financier des compétences autrefois réservées à l'administration fiscale pour des délits de fraude fiscale aggravée, avec un plancher de 100 000 € du montant suspecté de la fraude. Ceci confirme la tendance à la judiciarisation des procédures mais, paradoxalement, au dessaisissement de prérogatives laissées auparavant soit à l'administration, soit aux juges du siège.

D'inspiration anglo-saxonne¹, la CJIP instaure une procédure de justice négociée, ce qui révolutionne le mécanisme des sanctions et des peines qui ouvre la porte à des discussions multiples, et sans doute légitimes, sur la nouvelle philosophie pénale induite par cette procédure.

Notre propos n'est cependant pas là. Nous aborderons les conditions de la validité pratique de la CJIP qui repose sur la confiance mutuelle que doivent s'accorder ses protagonistes, c'est-à-dire les membres du Parquet National Financier, les procureurs, d'une part, et les personnes morales :

¹ Le Parquet est composé de magistrats, communément désigné par l'expression « magistrats du Parquet », exerçant les fonctions du Ministère public sous l'autorité du procureur de la République. Le Ministère public représente l'Etat. Son rôle est d'inviter les magistrats du siège à conformément à la politique criminelle du gouvernement et selon des raisons de droit ou de fait qu'il formule librement. Le Parquet National Financier est une section du Parquet spécialisée dans la délinquance

économique et financière. Elle est dirigée par le procureur de la République financier.

² Article 22 de la loi Sapin II

³ Dans l'esprit du *Foreign Corrupt Practices Act* américain (supra) 1977 mais aussi du *Bribery Act* britannique de 2010. Pour une analyse de l'influence anglo-saxonne, Cf. « La justice négociée » in les Cahiers Lysias *La loi Sapin 2, Prolégomènes d'une justice négociée*.

entreprises, établissements bancaires, etc., d'autre part, les personnes morales mises en cause s'exprimant et dialoguant par le biais de leurs avocats, même si le texte n'en fait pas une obligation.

On devine que c'est bien la question de la confiance, et sa traduction dans la confidentialité des échanges, qui régira l'efficacité du mode transactionnel lui-même. Tel est le postulat de la loi instaurant le mécanisme de la CJIP. Or, la confiance ne se décrète pas, elle se mérite et d'abord elle se vérifie.

L'exemple antérieur du *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* définitivement mis en place en 1997 aux Etats-Unis - et issu du *Speedy Trial Act* datant de 1974 - nous renseigne sur le but recherché. Un délai de temps est offert à la partie poursuivie pour se réhabiliter, qui, durant cette période, accumule les preuves de bonne foi, pour obtenir la suspension des poursuites. Ainsi est sinon née, du moins sanctifiée, la *compliance* des règles de bonne conduite ayant été intégrées dans les normes de gouvernance conformes aux nouvelles obligations d'auto-régulation et de la régulation plutôt car si la *compliance* relève de la compétence de l'entreprise, l'inspirateur vigilant reste le régulateur.

Le DPA suppose cependant la confiance, ce qui se vérifie dans le système américain par la coopération de l'entreprise ou plus généralement de la personne suspectée. Comment définir la coopération ? Selon les *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, "*Cooperation is a mitigating factor by which a corporation - just like any other subject of a criminal investigation - can gain credit in a case that otherwise is appropriate for indictment and prosecution*"⁴.

Certes, ne pas coopérer n'aggrave pas le cas. Ce n'est pas en soi un fait de mauvaise conduite et ce choix ne pourra être retenu contre l'entreprise récalcitrante. Mais c'est indéniablement une perte de

chance de s'amender, près-qu'avouée, une pression psychologique sur les dirigeants, une sorte de quitte ou double, « *make or break* ». En France, le système est trop neuf, mais la pression, indiscutable, finira par devenir un des rouages du système.

1. La CJIP Parquet : une confidentialité absolue

Aux termes de la loi Sapin II, « *tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits* », notamment pour des faits de corruption ou de trafic d'influence, « *de conclure une convention judiciaire d'intérêt public* » (Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code de procédure pénale).

Cette rédaction laisse ouverte la possibilité de l'assistance d'un avocat ou d'une proposition directement faite à l'entreprise. Dans la majeure partie des cas, voire tous les cas, la mise en œuvre de la CJIP aura été précédée d'échanges entre les avocats et le Parquet.

Le Parquet est immédiatement mis en position de confesseur des péchés qui propose une absolution avant même qu'ait été établie la preuve des infractions suspectées.

En cas de succès de la CJIP, la personne morale, d'une part, versera une amende au Trésor public, et, d'autre part, devra s'acquitter de certaines obligations sous le contrôle de la nouvelle Agence Française Anticorruption⁵, inspirée du *monitoring* américain, très intrusif.

La pratique n'est cependant pas si irénique.

Tout d'abord la confiance. Elle ne se décrète pas. Elle se vérifie si là pour prendre exemple sur le *Deferred Prosecution Agreement Act*, datant de 1997.

Les dirigeants sociaux ne voient pas leur responsabilité exonérée de plein droit. Cette loi vise

⁴ 9-28.000 - Principles of federal prosecution of business organizations ; 9-28.700 - The Value of Cooperation; <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>

⁵ L'AFA élaborera des recommandations destinées à aider la personne morale de droit privé et public à détecter et prévenir des faits de corruption, trafic d'influence etc. Elle contrôlera la mise en place d'un programme de conformité qui pourra comprendre l'élaboration en interne d'un code de conduite, d'un dispositif d'information du personnel ou encore la création d'un dispositif d'alerte interne.

en effet à distinguer les personnes physiques des personnes morales, les secondes étant mises à l'abri de l'opprobre public, de la condamnation pénale, ceci afin de sauvegarder le crédit de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, fournisseurs, des marchés ou des agences de notation.

C'est l'objectif affiché de la loi, et on peut le résumer ainsi : sanctionner les mauvaises pratiques des dirigeants tout en sauvegardant le moral de l'entreprise.

L'entreprise devra donc en quelque sorte arbitrer entre ceux de ses dirigeants qui devront supporter la responsabilité de l'infraction. En ceci elle sera aidée par l'enquête préliminaire, laquelle doit pouvoir distinguer la responsabilité pénale personnelle des dirigeants de la responsabilité de la personne morale qui sera écartée.

Cela n'ira pas sans débats difficiles au sein des entreprises car un ou plusieurs des dirigeants devront accepter leur sacrifice au stade de l'enquête préliminaire. Comme pour l'Iphigénie de l'Iliade, ce sera la condition pour que le vent se lève. Cet aspect constitue sans aucun doute la plus grande réticence des entreprises à rentrer dans le processus de coopération exigé par le CJIP.

La réputation morale préservée de l'entreprise ne constitue pas un intérêt public mais un intérêt social pour l'entreprise ou la personne morale, ses actifs, ses dirigeants et son personnel. Elle peut prétendre se dégager des ornières dans lesquelles une condamnation la précipiterait et sa relégation dans le jeu de la compétition et des marchés publics dont elle serait possiblement, et pour un temps, exclue.

- **L'hypothèse de l'échec**

En cas d'échec de la « CJIP Parquet », les documents transmis durant la négociation resteront confidentiels et ne pourront en aucun cas être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement. Aucune garantie formelle n'est toutefois énoncée à ce propos par la loi. Lors de l'ouverture d'une CJIP, le procureur de la République devra donc nécessairement se rappeler l'interdiction qui pèse sur lui, de diffuser les éléments échangés lors de la négociation.

Que deviendront les pièces transmises par la personne morale au procureur ? Il faudra s'assurer que les pièces lui seront restituées et les photocopies interdites. L'usage devra combler le vide de la loi et la probité éthique des procureurs faite litière des doutes et inquiétudes des parties mises en cause et de leurs avocats.

Ce n'est pas le cas au Royaume-Uni. Le procureur, incité par le *Serious Fraud Act* à conduire une procédure de négociation lorsque les preuves réunies d'une responsabilité probable, les faits largement identifiés et l'intérêt public satisfaits par un accord, d'une conserve les éléments qui lui ont été spontanément transmis et il pourra en faire usage.

Une marge de négociation sereine devrait caractériser la procédure française dès lors que l'on ne risquerait pas de s'auto-accuser en cas d'échec de la CJIP. Encore faut-il pouvoir effacer des informations glanées en cours de négociation et imprimées au tréfonds des mémoires du Parquet.

2. La CJIP Instruction : une confidentialité relative

Dans le cadre d'une information judiciaire, c'est-à-dire après la désignation d'un juge d'instruction et si la personne morale mise en examen reconnaît les faits et la qualification pénale, le magistrat instructeur, sur ordonnance, pourra transmettre le dossier au Procureur, afin que celui-ci entame une négociation (« CJIP instruction »).

Le procureur a trois mois pour réussir la négociation, sans quoi l'information judiciaire reprend à l'égard de tous. Le moment de l'ouverture est donc décisif. Trop tôt, c'est trop tard car le temps alloué ne suffira pas à mener à bien tous les aspects de la négociation. Elle doit se déclencher quand les pourparlers ont déjà presque abouti.

Si l'information judiciaire est suspendue pour la personne morale, durant le temps de la négociation, elle peut se poursuivre à l'égard des autres parties, personnes physiques, témoins assistés ou mis en examen. Le premier continue à s'exercer.

Ceci suppose une forme de dédoublement de la personne morale d'avec les personnes physiques

dirigeants mandataires, et « déjà » en rupture vouée à se consommer.

Dans le cadre d'une « CJIP instruction », en cas d'échec de la négociation, la loi ne prévoit aucun principe de confidentialité des déclarations ni des documents ou pièces transmises lors de la négociation.

Là encore, il faudra compter sur la déontologie du procureur de la République, afin qu'il s'impose la même obligation lors d'une CJIP instruction que lors d'une CJIP Parquet. Le parallélisme des formes est ici déterminant. Ce point est important et en l'état du texte mérite d'être éclairci rapidement. Aucune ambiguïté ne peut subsister car elle compromettrait la réussite de la procédure.

Le juge d'instruction sera nécessairement informé de son issue puisqu'au stade de l'information judiciaire, le magistrat instructeur et le Parquet sont associés à l'initiation d'une CJIP. Mais l'un et l'autre doivent taire les circonstances et raisons de l'échec, ne pas en tenir compte. Est-ce une attitude héroïque sollicitée de l'un et de l'autre ? Est-ce crédible ? Un bilan sincère devrait être établi avec les magistrats ayant été confrontés à cette situation sinon toute marche serait interdite.

La juridiction de jugement, même si elle ne sera pas ignorante d'une tentative de CJIP (comment le taire ou du moins ne pas le laisser deviner ?) devra nécessairement ignorer les modalités de l'échec ainsi que les documents, pièces ou informations échangés, à l'initiative de la personne morale, susceptibles de nuire à sa défense. La responsabilité des avocats, les conseils qu'ils prodiguent, est alors considérable. Prendre le risque c'est devoir s'assurer des conséquences jusqu'au bout.

3. L'indépendance du Parquet, une des clefs de la confiance

A cet égard, la CJIP pose une nouvelle fois la question de l'indépendance du Parquet vis-à-vis de l'exécutif.

Cette question actuellement à l'étude, devrait faire l'objet d'une proposition de réforme constitutionnelle. Une telle réforme, plébiscitée par beaucoup et depuis fort longtemps, pourrait affecter la confidentialité de la CJIP et renforcer la confiance des protagonistes dans cette procédure.

C'est d'ailleurs pour laisser une plus grande marge de manœuvre au PNF que les députés ont pris soin, en deuxième lecture, d'étendre leur champ de compétence au blanchiment de fraude fiscale. Elle était déjà de la compétence du tribunal correctionnel. La symétrie de la compétence s'avère logique lors d'une CJIP. Cette infraction, rappelons-le, échappe au « *verrou de Bercy* », critiqué encore récemment par le Procureur de la République, où elle avait fait l'objet d'intenses débats lors de la session de l'Assemblée Nationale issue des urnes en juin 2017. Avec succès puisque le verrou a en partie sauté.

Néanmoins le degré de coopération entre le PNF et l'administration fiscale méritera là aussi d'être ausculté. Inévitable, notamment pour des raisons de moyens et d'efficacité, il ne saurait se traduire par une hégémonie de l'administration fiscale sur le PNF induit par la possession des outils de calcul du montant de l'infraction suspectée. Le PNF deviendrait alors le bras armé de l'Administration.

Cette entrée de plein pied de la procédure française dans la justice négociée repose donc sur un maître mot, la confiance, et sur une éthique des relations entre avocats et magistrats, une volonté commune de coopérer du Parquet et de son interlocuteur.

Le Premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, décrivait parfaitement l'édifice chancelant du secret sur lequel repose la justice : « *le secret professionnel repose aussi sur des bases communes. Il n'est prescrit ni pour la protection des usagers ni*

des solutions institutionnelles diverses. La dernière proposition revient à confier l'évolution des carrières des magistrats du parquet au Conseil supérieur de la magistrature et d'en dessaisir la Chancellerie.

⁶ Dans l'hypothèse où celle-ci n'a pas abouti dans les trois mois, si la personne morale s'est rétractée ou si le président du Tribunal ne l'a pas validée.

⁷ Les présidents français, Giscard d'Estaing, Hollande et Macron se sont successivement déclarés favorables sur le principe avec

pour la protection de ses dépositaires mais dans l'intérêt général. On se confie à un avocat, on ne communique des éléments à un juge que parce que l'on est assuré qu'il ne peut par quiconque et à l'égard de quiconque en être déchargé. Le secret est nécessaire au fonctionnement de l'institution. Il y aurait même un secret partagé qu'on appelait autrefois la « foi du palais », une règle qui maintenait entre tous, dans un espace confidentiel, ce que l'on apprenait, hors procédure, par hasard ou inadvertance. Ce rapport de confiance existe-t-il encore ? Y a-t-il encore une « foi du palais » ? »^s.

La CJIP est une procédure nouvellement née. On fonde sur elle de grands espoirs mais elle est fragile. Elle ne grandira que si ses utilisateurs sont aussi ses curateurs. Elle ne résisterait pas à la négligence ou à la déloyauté.

La confiance nous l'avons dit ne se décrète pas, elle se mérite et se vérifie dans le temps. Mais on peut retenir ici l'opinion avisée du Cardinal de Retz, selon lequel « on est plus souvent dupé par la défiance que par la confiance »^s.

^s Rentrée de l'Ecole de formation du Barreau de Paris », Cour de cassation, *Discours, tribunes et entretiens*, 3 janvier 2007

^s J.-F. Paul de Gondi, Cardinal de Retz, *Mémoires*, 1717

From soft law to hard law: The global development of new standards on duty of care and civil liability in human rights matters



JULIANNE HUGHES-JENNETT¹

Partner, Hogan Lovells, London

Head of the firm's Business and Human Rights Group

CHRISTELLE COSLIN

Partner, Hogan Lovells, Paris

The preamble to the Universal Declaration of Human Rights calls on "every individual and every organ of society" to promote and respect human rights. Since the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights ("UNGPS") (see further below), it is accepted that this principle applies to all companies across all industry sectors as all have a responsibility to respect human rights and address adverse human rights impacts with which they are involved.

The corporate responsibility to "respect" human rights emerged in the wake of major accidents and adverse human rights events in recent decades, following which civil society increasingly called for corporations to be held accountable to comply with human rights standards, requiring them to respect all human rights without any option to pick and choose between rights and, as such, to address only the issues with which they feel comfortable.

The corporate responsibility to respect has been viewed as a form of "soft" law, in other words, the voluntary application of rules, most notably as part of a corporate self-regulation process, which has

developed at the international level and throws up a number of general principles that form the basis for discussions on Business and Human Rights ("BHR").

The backdrop to the corporate responsibility to respect human rights is a series of international initiatives in the last several decades, including in 1976, when the Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") adopted the first version of the Guidelines for Multinational Enterprises – which have since been updated in 2011 in light of the UNGPs. The OECD Guidelines are recommendations addressed by governments to multinational corporations operating in or from OECD-adhering countries that provide non-binding principles and standards for responsible business conduct in a global context and in consistency with applicable laws and internationally recognised standards.

In 1977, the International Labour Organization ("ILO") published its Tripartite Declaration on Multinational Enterprises and their Social Policy – revised in 2017 – which provides direct guidance to companies (either multinational or national ones) on

¹ Julianne Hughes-Jennett contributed to the mandate of the UN SRSG on 'Business and Human Rights'.

The authors wish to thank Margaux Renard and Marie Davoise for their contribution to the preparation of this article

social policy and inclusive, responsible and sustainable workplace practices.

As aforementioned, more recently, the United Nations ("UN") Human Rights Council unanimously endorsed the "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the UN 'Protect, Respect and Remedy' Framework" ("UNGPs") in 2011. This framework consists of three pillars: the States' duty to protect against human rights abuses, the corporate responsibility to respect human rights, and greater access by victims to effective remedies.

In addition, the ISO 26 000 standard – an international standard providing guidelines for social responsibility that encourages organizations to improve their impacts, particularly on stakeholders and the environment – was developed in 2010 by a working group of around 500 international experts. There are also numerous ethical charters and codes voluntarily adopted by various public and private entities (international organisations, non-governmental organisations ("NGOs"), companies) and European national plans on Corporate Social Responsibility ("CSR"), adopted in accordance with the UNGPs at the request of the European Commission in its Communication of 25 October 2011.

Consequently, the corporate responsibility to respect human rights is gradually moving from a "soft" law standard to "hard" legal provisions and statutes via a transnational approach, i.e. operating across borders, but nevertheless embedded in domestic law.

In Switzerland, for example, a proposal to impose mandatory due diligence on certain categories of companies is making its way through the legislative process. The UK and Australia have both introduced laws designed to combat modern slavery. The UK Joint Committee on Human Rights proposed recently to create a legal duty to prevent adverse human rights impacts. In addition to those legislative developments, courts in some countries have embraced the concept of duty of care in cases related to human rights violations.

France took the pioneering role by becoming the first State to incorporate a duty of Human Rights

vigilance into its legal corpus through a dedicated statute entitled the "duty of vigilance of parent companies and main contractor companies" (the "Duty of Vigilance Law"). The UNGPs and OECD guidelines are the cornerstone of this statute enacted in March 2017.

In implementation of this statute, French parent companies falling within the scope of application have published their first "vigilance plans" in late 2017 or 2018. In their next annual report, companies are expected to provide not only a high-level description of their plan, but also information about the effective implementation of the vigilance plan.

In this evolving global regulatory environment, human rights compliance is increasingly morphing from a "nice to have" into a "must-have". This article will first provide insight as to why the term "soft law" in the field of human rights is increasingly a misnomer as the law in this field continues to "harden" (1.) before turning to a more detailed study of the French Duty of Vigilance Law, which characterises a topical example of that "hardening" trend (2.).

1. Hard law and BHR: from an international to a transnational perspective

Recent years has seen a general move towards the "hardening" of human rights obligations for businesses. Be it in France, the UK, Australia or Hong Kong, the direction of travel is clearly towards the hardening of legal responsibility throughout the value chain, creating increased accountability for businesses.

A binding UN treaty on BHR is also being developed, with the "zero draft" treaty published in July 2018 and discussed by delegates of the UN intergovernmental working group at the UN BHR Forum in October 2018.

Below, we look at BHR obligations from two angles: the international law perspective and the transnational perspective, i.e. operating across frontiers but nevertheless embedded in domestic law.

A. International law: definition of BHR obligations

At the supranational level, BHR obligations are still very much defined by the UNGPs. We set out a brief description of those principles below, and explain why there is still a way to go before the UN binding treaty on BHR is concluded.

(a) The UNGPs

In 2005, Harvard Political Science Professor John Ruggie, was appointed as the UN Special Representative for Business and Human Rights. His assignment was to submit recommendations "*on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*". This led to the adoption, in 2008, of the "Protect, Respect and Remedy" Framework after several years of extensive consultation with businesses, States, NGOs and other stakeholders.

This Framework, highly welcomed by the UN Human Rights Council, relies upon three key pillars:

1. the States' duty to protect people against human rights abuses,
2. the corporate responsibility to respect human rights and
3. the access by victims to effective remedy in case of business-related human rights abuses.

Professor Ruggie's mandate was then extended in 2008 for him to "*operationalise*" the Framework and provide guidance to States and businesses for its implementation. In this context, Professor Ruggie, after a large consultation process, proposed the UNGPs which were adopted unanimously and endorsed by the UN Human Rights Council in June 2011.

The UNGPs aim at providing recommendations and guidance to businesses and States throughout the world for the concrete implementation of the UNGP Framework. They currently form the general framework for action by States and companies in connection with business-related human rights impacts. The UNGPs are non-binding and do not

create new legal obligations for either States or companies.

The three pillars of the 2008 Framework consist of 31 guiding principles. In particular, the second-pillar recommendations on corporate responsibility provide helpful indications for businesses in relation to their human rights due diligence and remedy processes.

The foundational principle of the UNGPs is that "*the responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate*". In other words, businesses should strive to incorporate existing standards, processes and self-regulatory norms, such as codes of conduct, in their management systems with a view to prevent adverse human rights impacts and remedy them in case they arise. The UNGPs apply to all businesses irrespective of their size, industry sector and activity, including SMEs.

The principle of due diligence is at the cornerstone of corporate human rights responsibility. Such principle has several implications that businesses are advised to comply with in their efforts to assume their responsibility:

1. the setting up of continuous assessment processes of actual and potential adverse human rights impacts, through dialogues and consultation with affected groups;
2. the use of the findings from these assessment processes as part of internal monitoring processes; and
3. where adverse impacts are identified, the application of adequate remedies for the victims.

The UNGPs also highly recommend that businesses make public commitments and communicate proactively on them.

(b) A binding treaty on BHR: still a way to go

There are currently discussions about an international treaty that would impose legally binding obligations on the States that sign it, but may also seek to apply directly to (and bind) corporations.

The UN intergovernmental working group tasked with this project recently concluded its fourth round of negotiations in Geneva in October 2018 during which delegates considered what is dubbed the "zero Draft" treaty, published in 2018. A number of issues will have to be solved before the treaty is adopted.

The first sticking point is the limited scope of the treaty's application to multinational corporations. Indeed, the draft treaty only applies to "*human rights violations in the context of any business activities of a transnational character*" (draft Article 3). A number of delegates, most notably the EU, have expressed their opposition to this limitation, arguing that all businesses (both domestic and multinational ones) should be made subject to the treaty. It is also unclear whether the definition of activities concerned, which is restricted to "for-profit economic activity", would also include State-owned enterprises. The scope of the treaty and the relevant definitions will no doubt continue to be a point of contention in further rounds of negotiation.

Another issue is the treaty's approach to extra-territorial jurisdiction. There is no guidance on several key concepts: including, the meaning of "domicile" in the context of draft Article 5(2), as well as the notions of "substantial business interest" or "subsidiary, agency, instrumentality, branch, representative office or the like". Moreover issues, such as the application of the doctrine of *forum non conveniens* (that enables courts to refuse jurisdiction on the grounds of a more appropriate forum being available), *lis alibi pendens* (which relates to the management of parallel proceedings pending in several countries) and *forum shopping*, were also raised at the latest UN Forum, without any consensus being achieved.

In brief, while a binding treaty is no longer a mere theoretical possibility, substantial questions will need to be addressed before there is any chance of the treaty being adopted. In the meantime, the UNGPs remain the relevant international law reference for all those wishing to understand corporate human rights responsibility.

B. Transnational law: enforcement of BHR obligations in various jurisdictions

With "soft" law increasingly crystallising into "hard" law in various countries, international businesses will already appreciate the need to introduce and maintain robust human rights due diligence processes. A brief overview of such domestic developments is given below.

(a) Domestic courts have (limited) jurisdiction to enforce BHR obligations

In some countries, courts have embraced the concept of duty of care in cases related to underlying human rights violations, leading to the potential for development of BHR obligations through national case law.

(i) United Kingdom: an expanding duty of care creating parent company liability and establishing domestic courts' jurisdiction

In October 2017, the English Court of Appeal ruled in *Lungowe v Vedanta*, a landmark case on jurisdiction and parent company liability. The judgment clarifies and, arguably, expands the scope of parent company liability, making it more difficult for a court to determine at an interlocutory stage that there is no real issue to be tried between a claimant and a parent company. The test applied to establish parent company liability for the activities of an overseas subsidiary was articulated, as *inter alia*:

"(1) The starting point is the three-part test of foreseeability, proximity and reasonableness. (2) A duty may be owed by a parent company to the employee of a subsidiary, or a party directly affected by the operations of that subsidiary, in certain circumstances. (3) Those circumstances may arise where the parent company (a) has taken direct responsibility for devising a material health and safety policy the adequacy of which is the subject of the claim, or (b) controls the operations which give rise to the claim. (3) If both parent and subsidiary have similar knowledge and expertise and they jointly take decisions about, in the present case, mine safety, which the subsidiary implements, both companies may (depending on the circumstances) owe a duty of care to those affected by those

decisions. (4) Such a duty may be owed in **analogous situations, not only to employees of the subsidiary but to those affected by the operations of the subsidiary**. (5) **The evidence sufficient to establish the duty may not be available at the early stages of the case**" (bold added).

Vedanta increases the likelihood that cases will be brought in the English courts against UK domiciled companies in relation to adverse human rights impacts associated with the operations of their overseas subsidiaries.

In February 2018, the Court of Appeal handed down another important judgment in *Okpabi v Shell*. Here, the Court ruled that the claimants could not demonstrate a properly arguable case that Shell owed a direct duty of care to them. The Court cited the formulation for establishing parent company liability adopted in *Vedanta* and clarified that the mere existence of health and safety policies did not in themselves create a duty of care. British domiciled multinationals should therefore not be deterred from adopting global human rights policies and frameworks.

Only a few months later, in July 2018, the English Court of Appeal handed down its judgment in *AAA & others v Unilever*, dismissing an appeal by victims of the 2007 post-election violence in Kenya. Unfortunately, the Court here adopted a different formulation from the one used by the Court in *Vedanta*, which somewhat muddies the waters of the formulation on parent company duty of care: instead, it noted that there were two types of case in which a parent company duty of care might arise:

1. where the parent has in substance **taken over the management** of the relevant activity of the subsidiary; and
2. where the parent has given **relevant advice** to the subsidiary about how it should manage a particular risk.

This formulation is not necessarily inconsistent with the formulation adopted in *Vedanta* and *Shell* (which noted that a parent company duty of care might arise, *inter alia*, where the parent had devised a policy

material to the harm or where it controlled the operations that gave rise to the harm). However, it is regrettable that businesses seeking to understand a possible duty of care and manage risk accordingly must now reconcile these different formulations. *Vedanta*, *Shell*, and *Unilever* have all been appealed to the UK Supreme Court.

(ii) *In the United States: limits to corporate liability after the Supreme Court's judgment in Jesner v Arab Bank*

Earlier this year, the US Supreme Court issued its highly-anticipated decision in the case of *Jesner v Arab Bank*. The case was brought by victims of terrorist attacks in Israel between 1995 and 2005. The plaintiffs alleged that, *inter alia*, Arab Bank – via its New York branch – processed and cleared U.S. dollar-denominated transactions that financed the terrorist acts and provided financial support for the families of terrorists, and that in doing so, Arab Bank violated "the law of nations", giving rise to liability under the Alien Tort Statute ("ATS").

The question before the Supreme Court was whether corporations could be held liable under the ATS. On a 5 to 4 majority, the Court ruled that foreign corporations are excluded from the scope of the ATS. The consequence is that foreign corporations can no longer be sued under the ATS, which represents a significant narrowing of the scope for human rights claims to be brought in the United States. However, the Supreme Court made no finding with respect to US-domiciled corporations, which means that it is not the end of the ATS just yet.

(b) State regulations to enforce BHR obligations on companies

In addition to case law developments, there have been legislative developments. The most recent examples are described below and show the variety of options lawmakers can adopt.

(i) *Canada: increased oversight of compliance by an independent body*

Canada recently increased the human rights oversight of companies operating abroad, with the

creation of the Canadian Ombudsperson for Responsible Enterprise ("CORE"). This independent officer will be tasked with investigating allegations of human rights abuses linked to Canadian corporations operating abroad.

The CORE's predecessor, the Extractive Sector Corporate Social Responsibility Counsellor, required the permission of a company to investigate a complaint, and none of the six complaints it has received since its inception in 2009 were investigated or otherwise resolved. The CORE, however, has the power to initiate investigations, and, if warranted, recommends remedies and monitors their implementation. It may also assist with the resolution of disputes or conflicts between impacted communities and Canadian companies.

The CORE reports to the Canadian Parliament but is independent from the Government. Although the CORE does not have the power to impose sanctions or penalties, its investigations, and any of its findings or recommendations that may include policy and legislative recommendations to the Government itself, will be made public.

(ii) Australia and UK: human rights obligations through Modern Slavery Acts

BHR obligations are also increasingly enshrined in modern slavery legislation across the globe. Since the UK introduced the Modern Slavery Act in 2015, a number of countries have followed with their own legislative initiatives. The latest to join the global fight was Australia, that passed its own Modern Slavery Act in late 2018.

The Australian Act, which will take effect on 1 January 2019, requires all entities operating in Australia and with an annual consolidated revenue of over AUD \$100 million to publish a board-approved modern slavery statement within six months of the end of their financial year. The statements, which will be publicly available, will have to address the risks of modern slavery in the companies' operations and supply chains, the action they have taken to assess and address those risks, and the effectiveness of their response. Although this was praised globally as a welcome development,

some critics have lamented the lack of penalties or independent oversight.

In the UK, where many businesses are now familiar with having to gather and interrogate information about human rights risks across their operations and supply chains, a general push can be seen towards tougher disclosure requirements. The UK Government published updated guidance on the Modern Slavery Act 2015 recommending further and more in-depth reporting requirements, such as the expectation for statements to show progress each year. The Modern Slavery (Transparency in Supply Chains) Bill was also introduced in Parliament, which, if passed, would notably require companies that have taken no steps to address risks to explain why they failed to do so. Although introduced in mid-2017, the Bill is yet to have its second reading in the House of Lords.

(iii) UK and US: financial sanctions for violations of human rights

In light of the torture and death in custody of Russian whistle-blower Sergei Magnitsky, the US adopted legislation allowing it to freeze the assets of associated individuals. In 2016, the Global Magnitsky Act came into force, allowing the US Government to impose targeted sanctions on individuals anywhere in the world responsible for committing gross human rights violations.

Following the use of a nerve agent in Salisbury earlier this year, there were calls for the UK to adopt "Magnitsky Amendments". As a result, two major pieces of UK legislation were amended: (i) the Proceeds of Crime Act 2002 and (ii) the Sanctions and Anti-Money Laundering Bill now the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018.

The Proceeds of Crime Act 2002 was amended by the Criminal Finances Act 2017 to expand the definition of "unlawful conduct" to include gross human rights abuse or violation. British authorities now have the power to seize any and all assets which are generated by conduct linked to a gross human rights violation or abuse via a civil asset forfeiture action, wherever it occurs. Gross human rights violation is any action constituting or connected with

the torture (or inhuman treatment) of a person on the basis that they were either trying to blow the whistle on activities of public officials, or attempting to "obtain, exercise, defend or promote" human rights. The abuse must be carried out or instigated by, or with the consent or acquiescence of, a public official or anyone acting in an official capacity.

The Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018 includes gross human rights violation as a reason for imposing domestic sanctions on a person or an entity. Previously, the UK's domestic sanctions regimes were confined to terrorism legislation, but the new Act expands the power to impose sanctions independently of the international community.

(iv) Switzerland: human rights due diligence with a wide scope of application

In December 2017, a coalition of Swiss civil society organisations launched the Responsible Business Initiative ("RBI"), i.e. a proposal to amend the Swiss constitution to require mandatory human rights due diligence for companies based in Switzerland.

The RBI takes the form of a suggested amendment to the Swiss Federal Constitution, which would result in the introduction of a new Article 101a "Responsibility of business" in the Constitution. Under the amendment, Swiss-based companies would be legally obliged to incorporate respect for human rights and the environment in all their business activities, including activities abroad. This will include the obligation to carry out "appropriate due diligence", using an approach based on the UNGPs requiring that risks be identified, mitigated, and reported upon.

While, at the time of writing, the RBI is still currently going through the Swiss legislative process, it seems to be heading towards a national referendum. The Swiss developments thus represent a strength example of the shift in focus from "soft" to "hard" law.

* * *

In short, in light of these developments, international businesses wishing to anticipate regulatory changes would therefore do well to consider introducing or

fine-tuning their existing human rights due diligence processes before it becomes mandatory, either at a national or international level. Not only will this put them at a competitive advantage should new "hard" law be introduced, in the meantime, it will boost stakeholder confidence and reduce the risk of involvement in an adverse human rights impact and associated litigation and adverse publicity.

2. Hard Law and BHR: A topical example with the 2017 French Law on duty of vigilance

A recent example of that trend was the widely publicised enactment of the French Duty of Vigilance Law in 2017. On 27 March 2017, France indeed propelled itself to the forefront of BHR regulation by imposing binding obligations on companies in relation to human rights due diligence, with the very broad law on the "duty of vigilance of parent companies and main contractor companies".

In the context of the current publication of the first vigilance plans required by the French statute, we have analysed how this new regulation has been concretely applied in this new environment where companies need to fully grasp their new legal obligations and the associated liability and litigation risks attached to non-compliance.

A. Vigilance plans: the key measure of the Law

(a) A new compliance plan

The French Duty of Vigilance Law enshrined the obligation for large French companies to set up, publish and implement a "vigilance plan". Article L. 225-102-4 of the Law states that:

"the plan shall include the reasonable vigilance measures to allow for risk identification and for prevention of severe violations of human rights and fundamental freedoms, serious bodily injury or environmental damage or health risks resulting directly or indirectly from the operations of the subcontractors or suppliers with whom an established commercial relationship is maintained, when such operations derive from this relationship" (free translation).

The objective of such a plan – inspired by other compliance requirements existing under French law (in particular anticorruption plans) – is to identify, anticipate and prevent human rights violations that might result from the activities of the parent company, its subsidiaries and controlled affiliates, and suppliers and subcontractors. More precisely, the statute aims at ensuring effective protection of fundamental rights, individuals' safety and of the environment.

The plan should cover items like risk mapping, regular assessment procedures, appropriate actions for mitigating risks or preventing serious breaches, warning and reporting mechanisms, as well as monitoring processes to assess the effectiveness of the measures implemented.

To this day, the law concerned French corporations with over 5,000 employees in France and/or over 10,000 employees worldwide (including the employees of subsidiaries and controlled affiliates). In particular, this may apply to French subsidiaries of foreign companies or global groups insofar they meet the above-mentioned requirement. Approximately, 150 to 200 French parent corporations could fall within the scope of the French statute.

The lawmaker intended to include in the scope of this statute the activities of (i) the parent company, (ii) its subsidiaries and (iii) any other company in the supply chain, regardless of the place where the activities are conducted. This being said, on the basis of the wording of the statute, an interpretation debate could arise as to the exact depth into which the parent company should go when doing its risk mapping along the supply chain.

This is a real change of perspective for companies, with regard to traditional processes, since they must now assess the potential risks to people, i.e. potentially affected stakeholders, and no longer to the company itself. This obligation therefore requires companies to assess the risks for third parties, in particular the most vulnerable populations, by going beyond mere compliance with the law.

The statute generated the obligation to create immediately a vigilance plan to be disclosed as part of the management reports for the financial year 2017. The second round of the vigilance plan for 2018 is being and will be shortly published which will have to contain additional information on the reporting about the concrete implementation of the vigilance plan.

(b) A mandatory compliance plan

One of the drivers for the enactment of the French Duty of Vigilance Law can be found in the significant engagement from NGOs that followed mass accidents, in particular the collapse of the Rana Plaza textile factory in 2013 in Bangladesh which was used by sub-contractors of several global companies, including French manufacturers or distributors.

Following a referral by MPs and senators, the Duty of Vigilance Law was reviewed by the French Constitutional Council. The draft law provided for the possibility of imposing a civil fine in the event of non-compliance which could reach up to €10 million if the monitoring plan was not drawn up, or even €30 million if a serious violation of fundamental rights was identified. If the Constitutional Council validated the main provisions of the statute, i.e. imposing a duty of vigilance on parent companies towards their subsidiaries and subcontractors, the penalties sanctioning the breach of the statute were struck down by the Constitutional Council. The Constitutional Council noted "the vagueness of the terms used by the legislator to define the obligations it creates", in particular "due diligence measures" and "appropriate actions to mitigate risks", as well as "human rights" and "fundamental freedoms" were considered too broad and not specific enough.

This being said, breaches of the statute will not remain unpunished. The main sanction for non-compliance will come from civil litigation and potential liability for parent companies. Vigilance plans will be the support and source of litigation in the future. Parent companies may be given formal notice to establish, publish and implement a vigilance plan by any interested parties. Stakeholders may also seek

injunctive relief in summary proceedings, with the potential application of a penalty payment to secure enforcement of the order.

Most importantly, parent companies may be held liable in civil proceedings for any damage resulting from non-compliance, i.e. failing to prevent human rights violations through the effective implementation of a well-designed vigilance plan. There are a number of questions which the statute does not answer as to how this new type of civil actions will work in practice. One can hope that future case law may provide guidance to determine the precise scope of application of the statute and its precise implications in terms of civil liability.

There is still some way to go to fully grasp this new statute as its scope of application is not yet clearly delineated. Case law will be crucial to provide some guidance on how best to implement the statute, e.g. to determine when a company's vigilance plan is deemed to include "reasonable measures" which satisfy the legal requirement.

B. Vigilance plans: practical implementation

In response to the above-mentioned new compliance requirements, companies have published their initial vigilance plans. Best practices are emerging in terms of identifying, mapping, managing, and, the case arising, remedying human rights adverse impacts resulting from corporate activities.

(a) The first vigilance plans published

An analysis¹ of 64 plans published by NGOs point out that the majority of the vigilance plans were published as a chapter of a wider CSR report among the corporate annual financial statements. Their content reveals that a collaborative approach was followed within multinational groups to elaborate the plans, under the supervision of CSR or sustainable development functions. In certain cases, top executives of the company were involved, in

¹ B&L Evolution and the Entreprise pour les droits de l'homme [EDH], *Application de la loi sur le devoir de vigilance – Analyse des premiers plans publiés*, 25 April 2018.

particular with regards to the plan's approval and monitoring.

As companies falling within the scope of the statute come from a variety of industry sectors, the plans show a wide range of risks identified as potentially related to the corporate activities. Risks at different levels of the supply chains were identified.

Most 2017-2018 plans make limited mention of their assessment processes of subsidiaries, subcontractors and suppliers. If a few companies indicate being in the process of adapting their previous processes (e.g. enlarging the scope of supply audits), this seems an area for improvement in the future plans.

As for appropriate actions to mitigate risks or prevent serious harm, an another analysis, conducted by EY² that analysed the vigilance plans of 32 companies, outlines that few actions have been generally initiated in 2017 such as trainings or audits, even though limited information has been provided about operative responses to identified concerns. Companies however often plan to put in place the key actions such as training and sensitization of employees, implementing new global or targeted CSR policies, charters or codes of conduct, checking CSR provisions in contracts, tenders, and certificates, and referencing suppliers according to CSR criteria.

A large number of the mechanisms implemented for monitoring the measures and evaluation of their effectiveness, are mechanisms within existing ethical alert or whistleblowing systems (e.g. under the French Sapin II Act).

(b) A few suggestions for the preparation and update of vigilance plans

Needless to say, corporations can better perform their duty of vigilance, and as a result protect themselves from compliance risks and potential civil liability litigation, by effectively identifying and preventing human rights adverse impacts before they occur. It is key to use the vigilance plan, which is now

² Ernst & Young [EY], *Loi sur le devoir de vigilance : analyse des premiers plans de vigilance par EY*, September 2018.

mandatory for a number of French multinationals, to this effect and maintain a practical approach when preparing and updating this vigilance plan.

The French Duty of Vigilance Law does not provide much context or definition. Yet, one can always refer to the above-described international law principles when seeking guidance on the implementation of this new compliance requirement. In particular, both the UNGPs and OECD guidelines are often useful sources of information to better understand what is expected from companies.

In practice, it is advisable for companies to create a stand-alone chapter of their CSR reports which structure, where appropriate, can be drawn from the measures required by the French Duty of Vigilance Law – (1) risk mapping, (2) regular assessment procedures, (3) appropriate actions for mitigating risks or preventing serious breaches, (4) warning mechanisms and (5) reporting mechanisms. This will give all stakeholders better readability of the vigilance plan and may help avoiding misunderstanding as to the efforts put into human rights compliance by corporations.

The involvement of relevant stakeholders, including civil society organisations or local communities, may be helpful throughout the development of the plan to ensure the plan does reflect and address the actual situation on the field and any real issues. Submitting the plan to external parties and acting upon their feedback will obviously strengthen the credibility and impact of the company's compliance procedures.

One of the challenges associated with the mapping exercise is to cover not only direct risks of the parent companies and the subsidiaries under its direct control, but also extend the analysis to the wider supply chain and subcontractors. There is no precise delineation on the extent of the assessment to be carried in this respect.

In addition, in a fast-moving and ever-changing environment, it is important to identify and address the main operational concerns that could arise in terms of potential human rights adverse impacts. In other words, prioritisation will also be necessary while preparing the vigilance plans so that the plans rely upon the most

relevant issues facing companies according to their industry and/or geographical location.

* * *

After the first vigilance plans, there are significant expectations within civil society for corporations to disclose more about their concrete actions and the actual outcome and effects of these actions. Companies would be well advised to be as specific as they can, notably provide precise examples, and not simply give a theoretical description of some compliance procedures. An important area is also to raise awareness and train employees across the global groups so that they understand and report any concerns. Obviously, a balance needs to be found when deciding which information to be made public. Once public, vigilance plans may be considered insufficient by certain stakeholders who could decide to start litigation for companies to be more proactive. Civil society organisations and NGOs have already announced that they will be having a close look at the upcoming update of the vigilance plans.

* * *

The French Duty of Vigilance Law is generally regarded as progress by civil society organisations because it acknowledges corporate responsibility to respect human rights throughout their supply chain and goes one step further by establishing mandatory due diligence, which can lead to civil liability in case of non-compliance.

This being said, some NGOs already voiced that the implementation of the French statute is not enough in their views. They are putting pressure on the French government to obtain a consolidated list of companies falling within the scope of the French statute in order to facilitate their monitoring. Some stakeholders are also calling for an extension of the scope of application of the French statute to smaller groups and for the statute to be amended to reintroduce penalties in case of non-compliance. A potential reversal of the burden of proof is also in the debate: should the lawmaker follow such suggestion, corporations would bear the burden of providing evidence that they comply with their compliance

requirements, and not to third parties to evidence a breach of the duty of vigilance.

When one looks at developments across the globe, France does not stand out as an exception but as a pioneer. All stakeholders expect the development of additional hard law duties related to corporate human rights responsibility in the months and years to come, be it in Switzerland, the UK or the UN with the prospect of a binding international treaty. The time where human rights compliance was a nice-to-have as part of a group's CSR initiatives is now clearly gone.

Human rights should also not only be perceived as a compliance risk but as a potential source of liability and litigation.

This means that companies would be well advised to adopt a transversal approach involving representatives from the operational functions, such as production, sourcing and purchasing, and compliance but also the legal department and outside Counsel, in addition to external stakeholders, including rights holders where appropriate. Human rights litigation will increasingly be one of the main legal risks faced by global corporations in many countries, where one can anticipate complex disputes to arise in light of the cross-border nature of this type of cases.

Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance



SANDRA COSSART

Directrice Générale, Sherpa

TIPHAINE BEAU DE LOMÉNIÉ

Juriste Globalisation et Droits humain,
Sherpa

ANTOINE LUBRANI

Étudiant à l'école de Droit de Sciences Po

Vilipendée par les milieux d'affaire, amputée par les sénateurs avant son adoption définitive par l'Assemblée nationale et partiellement censurée par le Conseil constitutionnel, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹ a vécu un long chemin de croix² avant son entrée en vigueur en mars 2017.

Toujours est-il que la responsabilité de certaines sociétés peut désormais être engagée pour tout manquement aux exigences du nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce, synonyme pour certains d'un "durcissement" de la RSE. En effet, il impose aux sociétés concernées l'établissement, la mise en œuvre effective et la publication de mesures de vigilances raisonnables, propres à identifier et prévenir les risques et atteintes graves aux droits humains et à l'environnement dans leur chaîne de valeur. Ces mesures sont formalisées dans un plan de vigilance (le Plan ou Plan de Vigilance). Ces

éléments rappellent la "diligence raisonnable" définie dans les référentiels de droit souple tels que les Principes Directeurs de l'OCDE et de l'ONU. La loi les sédentarise dans le droit positif. Tout manquement à ces obligations peut faire l'objet d'une injonction de faire de la part du juge et en cas de dommage, de poursuites sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil.

Certains auteurs s'accordent à voir dans la loi sur le devoir de vigilance une nouvelle preuve, s'il en fallait, de l'importance grandissante de la "compliance" dans le droit français. La loi devoir de vigilance marquerait selon eux le renouvellement de notre paysage législatif, s'inscrivant dans un phénomène de *compliance* "qui [la] précède et [la] dépasse"³, phénomène qui verrait donc "son importance renforcée à la lumière de ces nouveaux textes"⁴.

Le terme *compliance* est polysémique et les débats sémantiques sur sa traduction révèlent bien la

¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

² Voir C. Monnet, *Il était une fois une Loi*, Chronique d'Amnesty International France, 20 Septembre 2017, <https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/entreprises-il-etait-une-fois-une-loi> ; Voir également notamment les interventions de M. Gilles Lurton lors de l'examen du texte en première lecture à l'Assemblée Nationale ou celle de M. Lionel Tardy lors de l'examen du texte en nouvelle lecture à l'Assemblée Nationale après l'échec de la Commission Mixte Paritaire ; certains parlementaires s'étaient fait l'écho des réticences des grandes entreprises décrivant la loi en ces termes : "Nouvelle épée de Damoclès", "distorsion de

concurrence", "atteinte à la compétitivité", "vision culpabilisatrice et punitive".

³ S. Schiller, "La compliance extra-financière les risques de contradictions de domaines d'application", in N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda, (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018, p. 55.

⁴ X. Boucobza et Y.M Serinet, *Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance*, Recueil Dalloz, 2017, p. 1619.

⁵ *Idem*

⁶ E. Daoud et G. Peronne, *Loi Sapin 2, Loi Vigilance et RGPD, Pour une approche décloisonnée de la compliance*, Dalloz IP/IT, Numéro 11, Novembre 2017, p. 1

difficulté du monde juridique continental à appréhender ce qu'il recouvre. Les images qu'elle suscite, d'"auberge espagnole"⁷ ou de "bric à brac"⁸, soulignent son caractère flou et élastique. "Conformité" est fréquemment choisi, mais la traduction est sujette à controverse. Le terme conformité induit l'idée d'une obligation qui s'impose à tout sujet de droit, celle de se soumettre aux réglementations en vigueur, et qui s'inscrit dans un cadre normatif et sociétal représenté par l'apophtegme "Nul n'est censé ignorer la loi".

Deux caractéristiques de la *compliance* méritent cependant d'être mises en avant : le caractère *ex-ante* de l'obligation d'une part, sa visée auto-régulatrice d'autre part. *Ex-ante* car ces nouvelles règles de *compliance* visent à réguler en amont tout risque ou dommage. Les règles de droit dites "de *compliance*" s'intéressent avant tout à la dimension préventive⁹. La dimension punitive existe, mais elle sanctionne en amont bien plus qu'elle ne répare en aval. La *compliance* repose par ailleurs sur l'auto-régulation car elle se concentre sur les processus mis en place en interne à chaque organisation pour respecter ces règles. "La *compliance* s'affirme comme un ensemble de stratégies internes (...) au sein de la structure de l'entreprise"¹⁰. La *compliance*, "indissociable de la gouvernance"¹¹ est le reflet d'une "logique organisationnelle" et relève de ce fait aussi bien de la science de gestion que du droit¹².

La loi devoir de vigilance est en partie construite sur ces deux socles que sont la prévention et l'attention portée aux stratégies internes. La vigilance, définie comme la somme des efforts que l'entreprise doit mettre en œuvre pour empêcher l'occurrence d'un dommage, est consubstantiellement préventive, mais elle ne suffit à elle-seule à attirer la loi devoir de vigilance dans le giron de la *compliance*. En effet, comme nous venons de le rappeler, la loi devoir de vigilance comprend une dimension réparatrice tout aussi centrale, par le renvoi explicite aux articles fondateurs de la responsabilité civile.

Ainsi, bien que le Plan de Vigilance présente quelques traits caractéristiques de la *compliance*, il serait néanmoins erroné de le réduire à cette technique. En effet, les travaux parlementaires autour de la loi devoir de vigilance comme sa rédaction l'en éloignent (1). L'insertion de cette nouvelle obligation de vigilance dans un régime de responsabilité de droit commun répond quant à elle à une logique qui diffère grandement de celle des programmes de *compliance* (2).

1. Le Contenu de l'obligation de vigilance : la vaine tentative de la *compliance*

Le Plan requis par le devoir de vigilance s'inscrit dans la culture de la *compliance* développée par l'entreprise (A) mais le contenu et la portée du devoir de vigilance ne se limitent pas à cet exercice documentaire (B).

A. Le Plan de Vigilance

C'est l'introduction d'une obligation d'information et de procédures déterminées, par le biais du Plan de Vigilance, qui constitue la prétendue porte d'entrée du devoir de vigilance dans la *compliance*.

Le nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce prévoit en effet l'établissement, la mise en œuvre et la publication par les sociétés débitrices de l'obligation d'un Plan de Vigilance, dont l'objectif est d'identifier et de prévenir les risques d'atteintes aux droits humains et à l'environnement. Le Plan formalise l'obligation de vigilance raisonnable en la figeant apparemment en cinq mesures, "faisant écho aux démarches dites de *compliance*"¹³.

A travers ce Plan, le législateur contraint l'entreprise à adapter son fonctionnement interne. La logique organisationnelle transparaît alors : est mise en place une méthode précise que l'entreprise doit s'approprier si elle veut être "en conformité" avec la législation. L'entreprise est guidée dans sa démarche par le *modus operandi* fourni par le texte de loi. Analysé à l'aune de ce phénomène, le Plan de Vigilance devient un "programme de conformité"¹⁴

⁷ M.-A. Frison-Roche, *Le Droit de la Compliance*, Working Paper, 2016. <http://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance/>

⁸ M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après" in N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda (dir.), *op.cit.*, p. 25.

⁹ Or, "la "responsabilité *ex-ante*", c'est justement le droit de la *compliance*" M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation*, Recueil Dalloz 2018, p.1561.

¹⁰ A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 254.

¹¹ M.-A. Frison-Roche, "Compliance", *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, <http://mafr.fr/fr/article/compliance/>

¹² A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 254.

¹³ T. Sachs, *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation*, Revue du droit du travail, 2017, p. 380.

¹⁴ X. Boucobza et Y.M Serinet, *op.cit.*

dont l'objectif est de "contraindre les sociétés importantes à s'inscrire dans une démarche coordonnée (...) de *compliance*"¹⁵.

La première mesure listée dans le Plan, la cartographie des risques, est elle-même une référence expresse à la méthode caractéristique de la *compliance*, qui favorise "une approche par le risque"¹⁶. La publication dudit Plan démontre aux parties extérieures à l'organisation que l'entreprise, transparente, a bien mis en place un processus visant à prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement. La production de documents spécifiques, ici le Plan lui-même, apparaît symptomatique d'un "droit de la *compliance*"¹⁷.

C'est l'introduction de cet aspect plus "documentaire" de l'obligation qui a poussé certains auteurs à rapprocher parfois la loi devoir de vigilance d'autres obligations de *compliance* adoptées à la même période, à l'instar de la loi Sapin II. Il est vrai que l'article 17 de la loi Sapin II sur les obligations des sociétés couvertes présente une terminologie quasiment identique à celle de la loi sur le devoir de vigilance.

Néanmoins, en restreignant le devoir de vigilance à des procédures internes de vigilance, il est à craindre que le changement de comportement visé soit remplacé par une approche symbolique de "tick-boxing" des procédures exigées sans que celles-ci induisent un véritable changement de paradigme dans l'approche des droits humains. "Cette liste limitative pourrait alors borner l'avancée considérable du devoir de vigilance à une obligation de *reporting* améliorée"¹⁸.

La vigilance, censée servir de "nouveau contour au standard de l'entreprise citoyenne raisonnable et responsable" pourrait, lorsqu'elle devient *reporting*, être utilisée par les entreprises pour se pré-constituer une défense de bonne foi¹⁹.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ E. Daoud et G. Peronne, *op.cit*

¹⁷ E. Daoud et H. Partouche, *Loi Sapin II, RGPD et loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance*, Revue LAMY Droit des Affaires, Avril 2018, p. 30.

¹⁸ S. Cossart et M.-L. Guislain, *Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable, Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques*, Revue LAMY Droit des Affaires, Mai 2015, p. 77.

¹⁹ H. Muir Watt, *Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017*, Revue

Ce danger n'est pas réductible à la loi devoir de vigilance, il guette toutes les obligations marquées par le sceau de la *compliance*. Car si la législation impose seulement une production documentaire certifiant la mise en conformité, l'entreprise soumise à ces obligations pourra limiter ses nouvelles pratiques au simple *reporting* avant de se reposer sur celui-ci, ne répondant aux exigences posées par la loi qu'"en façade seulement"²⁰. La démonstration de la prise en compte des obligations se cantonnera-t-elle à la remise du rapport de la mise en œuvre que devront faire les entreprises annuellement, "du type de ses rapports de développement durable ?"²¹

Les mêmes reproches ont par exemple été adressés au "*Modern Slavery Act*", législation britannique sur l'esclavage moderne. Ont déjà été soulignés les "risques [qui] existent quant à l'application du Modern Slavery Act et autres lois imposant des obligations similaires. Au lieu de mettre en place des processus de diligence raisonnable substantiels et complets, [ces législations] risquent de contribuer au développement d'une forme de transparence centrée uniquement sur la *compliance* et le *reporting*"²².

Praticiens du droit, nous mesurons à quel point cette production documentaire peut servir le propos des entreprises, quand bien même celui-ci ne serait basé sur aucun fait tangible, notamment à des fins de "greenwashing"²³.

Cette dérive des obligations dites "de *compliance*" vers le *reporting* porte atteinte à l'effectivité des lois qui les imposent. Par ailleurs, la conformité de façade garantit l'immunité des multinationales, alors que la loi sur le devoir de vigilance vise précisément à y mettre fin.

B. Au-delà du Plan, une obligation de comportement vigilant

Inscrire l'obligation de vigilance dans la lignée des obligations de *compliance*, ou pire, de *reporting*, va à

Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°4, Décembre 2017.

²⁰ A. Gaudemet, *op.cit*, p. 254.

²¹ S. Cossart et M.-L. Guislain, *op.cit*, p. 77.

²² Traduction libre, O. Martin-Ortega, "Due Diligence, Reporting and Transparency in Supply Chains, The United Kingdom Modern Slavery Act" in Angelica Bonfanti (dir.), *Business and Human Rights in Europe*, p. 120.

²³ Un phénomène que des organisations comme Sherpa tentent d'appréhender et de contraindre par le recours à la notion de pratiques commerciales trompeuses, voir l'affaire Samsung ou le cas Auchan.

l'encontre de l'esprit de la loi. L'objectif que poursuit le texte va au-delà d'une simple altération de l'organisation interne de l'entreprise ou d'une amélioration cosmétique de la transparence. L'obligation d'information et de transparence liées à la publication du Plan ne forment en effet qu'un simple aspect de l'obligation de vigilance, qui repose avant tout sur l'établissement et la mise en œuvre effective de mesures de vigilance raisonnables.

Les travaux parlementaires, mais également le phrasé de la disposition, mettent en exergue la volonté du législateur d'aller au-delà de la vigilance comme un exercice de *reporting* de façade.

La notion d'effectivité marque cette volonté d'extension du domaine de la vigilance. «Le texte dissuade la rédaction de Plans de Vigilance à vocation cosmétique en exigeant leur mise en œuvre effective»²⁴. Cette terminologie se démarque de celle de la loi 2016 dite « Sapin 2 », qui ne prévoit qu'une "mise en œuvre" des mesures et procédures, et non pas leur mise en œuvre effective et efficace²⁵.

Au contraire, la réalisation du devoir de vigilance "ne s'achève pas [elle] dans l'élaboration formelle d'un Plan de Vigilance conforme"²⁶, ce qui l'aurait autrement vidé de sa substance. Elle exige ainsi la **mise en œuvre de mesures "effectives"**. Si l'obligation est certes de moyens, elle est cependant largement renforcée par l'attente de moyens tendant tout de même vers un résultat concret et mesurable de prévention et de réduction des risques et atteintes graves aux droits humains et à l'environnement. Il ne suffit pas que la mesure soit mise en œuvre, encore faut-il qu'elle produise les effets recherchés²⁷.

La loi sur le devoir de vigilance n'a par ailleurs jamais été envisagée comme une réglementation "de *compliance*" au cours des débats parlementaires. Elle s'est inscrite, dès le départ, dans le prolongement des évolutions relatives au régime de responsabilité. La première version déposée par les

parlementaires en 2013 était construite autour d'une obligation générale de vigilance permettant de rechercher la responsabilité des sociétés mères, y compris au pénal²⁸. Le terme de "plan de vigilance" n'a été inclus que dans les premières versions de la seconde proposition de loi déposée en 2015 et ce n'est qu'au bout du troisième passage à l'Assemblée Nationale, après deux navettes parlementaires et l'échec d'une commission mixte paritaire que son contenu a été détaillé. L'objectif de cet ajout était alors d'éviter une censure constitutionnelle de l'amende civile prévue initialement au dernier alinéa de l'article 1²⁹, censure qu'a malgré tout actée le Conseil constitutionnel.

Ce Plan de Vigilance initial devait simplement contenir "les mesures raisonnables destinées à prévenir des atteintes aux droits de l'homme, à l'environnement et à la santé publique, ainsi que les pratiques de corruption". Le texte final reprend cette terminologie et y ajoute la liste des procédures à mettre en œuvre. Cette liste constitue un socle général, mais le défaut de vigilance devrait pouvoir être caractérisé, même si ces procédures ont été mentionnées sur le papier, pour respecter l'esprit de la loi et l'objectif poursuivi par le texte.

Les mesures énoncées par la loi ne sont d'ailleurs ni limitatives ni exclusives. **C'est à l'aune de l'obligation générale de moyens ("les mesures raisonnables") que le juge devra déterminer si l'entreprise a été vigilante**, et non pas simplement en reprenant à la lettre les cinq mesures présumées du Plan de Vigilance. Cet en-tête permet d'"élargir par une interprétation souple la portée du devoir de vigilance"³⁰ et on devrait y voir le "chapeau" de l'obligation.

2. Les conséquences d'un défaut de vigilance : d'une logique punitive à une logique réparatrice

A la logique de prévention et de sensibilisation qui peut caractériser la *compliance* (A) se greffe dans la

²⁴ N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Acte II, scène 1*, Recueil Dalloz n°18, Mai 2015, p. 1052.

²⁵ La loi requiert la mise en œuvre "de manière effective" des mesures ainsi que le suivi et l'évaluation "de leur efficacité".

²⁶ T. Sachs, *op.cit*

²⁷ Sherpa, Guide de Référence pour les Plans de Vigilance, <https://www.asso-sherpa.org/publication-guide-de-reference-plans-de-vigilance>

²⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp>

²⁹ Qui disposait que « Le juge peut condamner la société au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. Le juge fixe le montant de cette amende en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur. L'amende ne constitue pas une charge déductible du résultat fiscal. »

³⁰ A. Danis-Fatôme et G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Recueil Dalloz 2017 n°28, p. 1610.

loi devoir de vigilance une logique réactive, et réparatrice qui se manifeste par l'inscription de cette nouvelle obligation dans le régime de responsabilité de droit commun (B).

A. Une insuffisante sanction de la non-conformité

La philosophie de la *compliance* consiste à modeler à la marge le processus interne de l'entreprise en espérant que celui-ci aboutisse à la fin désirée. En agissant sur la logique organisationnelle de l'entreprise, le législateur cherche à faire intégrer à l'entité visée le respect des droits par un *modus operandi* précis. La *compliance* fait un pari : exiger la production d'un ensemble précis de documents qui montrent que l'entreprise se structure pour prévenir ses risques en espérant que cette production de documents provoque réellement la gestion des risques³¹.

Or, les lacunes pratiques d'un tel raisonnement ont déjà été documentées. Rien n'indique que cette chaîne de causalité imaginée par le législateur ne s'arrête pas aussitôt le Plan de Vigilance publié, "simple contrainte documentaire"³² sans lendemain. "Il ne suffit pas d'appliquer les textes, il faut encore que l'entreprise concrétise le but pour lequel le texte a été adopté, par exemple qu'elle contribue effectivement à la lutte contre le blanchiment d'argent"³³.

A l'adage "tu ne tueras pas", on substitue l'injonction : "tu produiras des rapports documentant ta prise en compte stratégique du risque juridique de tuer". La sanction existe, mais elle ne réprime dans la *compliance* que le manquement à la production documentaire. La contrainte qui pèse sur les entreprises est d'une nature toute autre que la réparation du dommage causé.

Les démarches de *compliance*, parce qu'elles ne se suffisent à elles-mêmes, doivent s'accompagner d'autres mécanismes de sanction qui viennent punir les comportements fautifs et réparer le dommage.

L'affaire UBS est révélatrice de cet état de fait : en 2012, la filiale française s'est vu infliger une sanction de 10 millions d'euros pour avoir tardé dans "la mise en place des procédures d'encadrement et de contrôle nécessaires pour remédier à [un] risque

de non-conformité de son activité transfrontalière"³⁴ et pour défaut de contrôle des conditions d'habilitation de ses propres chargés de clientèle. Mais c'est sous la menace du droit pénal et de la responsabilité civile que la banque risque aujourd'hui 15 millions d'euros d'amende pour complicité de blanchiment de fraude fiscale et plus d'un milliard d'euros de dommages et intérêts. La *compliance* doit se superposer à un régime de répression préexistant. Certaines entreprises sont à la fois "responsables d'avoir enfreint les règles qui s'appliquaient à elles", mais également, et c'est là qu'intervient la *compliance* "de ne pas avoir mis en place un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles"³⁵.

L'amende punitive préventive de la *compliance* n'est corrélée à aucun dommage avéré. Elle punit le risque qu'a pris l'entreprise en ne mettant pas en place, ou pas correctement, un programme de *compliance*. Mais le montant de celles-ci doit s'avérer suffisamment dissuasif pour que l'entité visée soit incitée à se plier aux exigences de conformité.

L'amende civile de dix millions d'euros, prévue par le texte adopté par les députés, s'inscrivait pleinement dans cette logique dissuasive, mais a été déclarée non conforme au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. La suppression de ce mécanisme dissuasif de sanction en amont, révélatrice d'un choix sans doute plus politique que juridique, éloigne de l'esprit de la *compliance* les dispositions actuelles de la loi sur le devoir de vigilance, déjà singulièrement isolées par la mise en place d'un régime de responsabilité.

B. La loi devoir de vigilance : une logique réparatrice

Réduire la loi sur le devoir de vigilance à sa dimension de "*compliance*", c'est aussi occulter le fait que la finalité première de cette législation est de permettre l'engagement de la responsabilité de la maison-mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre vis-à-vis des activités du groupe et de ses relations commerciales en France comme à l'étranger.

³¹E. Daoud et H. Partouche, *op.cit*

³²P.-L. Perin, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, RTDCom, Avril-juin 2015, p. 221.

³³M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après", *op.cit*, p. 27.

³⁴ Communiqué de presse de l'ACP, le 26 juin 2013.

³⁵<https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20130626-cp-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>

³⁵ A. Gaudemet, *op.cit*

Par le biais de son article 2, la loi sur le devoir de vigilance étend la responsabilité des entreprises multinationales. Cet article introduit dans le Code de commerce un article L. 225-102-5 qui confirme la possibilité d'engager la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre défaillante dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil.

Les victimes de violations des droits humains ou d'atteintes à l'environnement commises par des entités contrôlées ou en relation commerciale établie avec une société débitrice de l'obligation de vigilance disposent dorénavant d'une voie de droit leur permettant d'obtenir réparation, quand bien même ces dommages surviendraient à l'étranger. A travers l'**emprise extraterritoriale du champ de la vigilance**, c'est la **reconnaissance tacite de la notion de groupe de société** qui s'esquisse et qui constitue une avancée dans un droit longtemps limité par la construction juridique éculée de l'autonomie des personnes morales, contribuant "à instituer juridiquement le pouvoir que certaines sociétés exercent sur d'autres entités économiques."³⁶

La filiation directe du texte voté à l'Assemblée en février 2017 avec la proposition de loi de 2013, qui prévoyait un régime de responsabilité plus ambitieux encore, est bien la preuve que le mécanisme de responsabilité civile a été conçu comme central à l'agencement du système, et pas uniquement comme son appendice. **Lors de la première séance publique d'examen de la loi, le rapporteur du texte, Dominique Potier, rappelait que "le principe de cette loi (...) est celui de la responsabilité"**³⁷. Cette responsabilité a d'ailleurs constitué le point d'achoppement des discussions parlementaires, les sénateurs tentant à plusieurs reprises de supprimer cette disposition.

Ainsi, les manquements relatifs aux formalités administratives de publication mais surtout et avant tout les manquements à la mise en œuvre effective constituent une faute, qui permet d'engager la responsabilité de son auteur dans les conditions prévues par le droit commun de la responsabilité,

nommément la survenance d'un dommage et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Ces manquements ne peuvent être assimilés à de simples omissions de déclaration uniquement sanctionnables par une amende pécuniaire déterminée par le juge.

La différence avec la loi Sapin II, intégrée au corpus normatif de la *compliance*, est frappante. L'amende civile prévue par son article 17, d'un maximum d'un million d'euros, ne sanctionne que la non-conformité interne destinée à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence et pas l'infraction en tant que tel. Dans un cas, la sanction n'est déclenchée qu'*ex-ante*, nonobstant le dommage (ou l'infraction) qui découle du manquement ; dans l'autre, la réparation ne peut intervenir qu'*ex-post*, uniquement si le manquement se rattache au dommage.

Les victimes et les associations ont un rôle primordial à jouer dans les mécanismes de réparation instaurés par la loi, alors que ces mêmes acteurs sont mis à l'écart dans les systèmes de *compliance*, qui ne font intervenir que le juge, l'entreprise et le régulateur³⁸, (par exemple l'ACPR pour le secteur bancaire, l'AFA pour les faits de corruption). "Cette internationalisation du Droit de la Régulation dans les entreprises implique que les Autorités publiques supervisent désormais celles-ci"³⁹. Rien de tel dans la loi devoir de vigilance, qui a abandonné l'idée d'une supervision par un organisme tutélaire⁴⁰ et reste dans une logique classique de responsabilité civile, où le demandeur fait face à l'auteur fautif.

La loi sur le devoir de vigilance n'accorde ainsi pas la même vertu pédagogique à la sanction que la *compliance*.

Certes, la loi "accompagne l'émergence positive de nouveaux comportements"⁴¹, mais surtout elle répare les dommages causés par des acteurs privés. **L'exigence de justice prend le pas sur l'exigence de conformité**. Si le propre des normes de *compliance* est de "privilégier la prévention à la réaction"⁴², il est certain que la loi sur le devoir de

³⁶ T. Sachs, *op.cit*

³⁷ V. l'intervention du rapporteur Dominique Potier lors de la présentation du texte lors de la 1ère séance du 30 mars 2015 à l'Assemblée Nationale.

³⁸ Pour reprendre le titre de l'ouvrage de N. Borga, J.-Cl. Marin, et J.-Ch. Roda, (dir.), *op.cit*

³⁹ M.-A. Frison-Roche, "Compliance", *Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance*, *op.cit*

⁴⁰ Discussions de travail entre la société civile et le rapporteur et les ministères concernés

⁴¹ X. Boucobza et Y.M Serinet, *op.cit*

⁴² *Idem*

vigilance ne recoupe pas vraiment le champ des obligations de conformité.

Conclusion

Malgré le flou qui entoure la notion de *compliance*, la doctrine a mis en évidence certaines de ses caractéristiques. Si certains auteurs continuent de vouloir intégrer la loi devoir de vigilance dans le champ de la *compliance*, force est de constater qu'elle diffère largement de l'esprit qui sous-tend habituellement ces mécanismes.

L'émergence de la *compliance* doit être analysée comme le pendant de l'affaiblissement du pouvoir des États. Incapables d'assurer l'effectivité de leurs normes de droits face à des entreprises qui échappent de plus en plus au contrôle de légalité, les pouvoirs publics obligeront les entreprises de grande taille à "s'enrôler dans le contrôle des règles qui leur sont applicables"⁴³ et à transférer le poids et le coût du contrôle sur les entreprises-mêmes.

La loi devoir de vigilance matérialise au contraire une certaine reprise du contrôle étatique sur les activités des entités sur lesquels il exerce sa juridiction. A l'impunité des multinationales organisant leurs activités au gré des réglementations répond l'action politique souveraine pour y mettre

fin. L'action politique reprend le pas sur les pouvoirs économiques.

Le Plan de Vigilance ne constitue pas le dernier ressort de l'imagination du législateur pour s'assurer du respect de l'effectivité des droits humains qu'il ne peut assurer. Il est révélateur, au contraire, de la tension dans la construction de la règle de droit entre les objectifs poursuivis par le pouvoir étatique et le pouvoir d'influence des acteurs économiques. Loin de "transférer le contrôle" du respect de la règle par l'entreprise, le Plan de Vigilance est une concession accordée aux entreprises pour "limiter le domaine de (leur) responsabilité"⁴⁴ et faciliter la caractérisation de leur absence de faute.

La confusion entre *compliance* et devoir de vigilance fait courir un risque à cette législation ambitieuse : celui de la voir tomber dans "un nouveau marché, celui de la *compliance*, occupé par les nouveaux spécialistes, consultants de toutes sortes, accroissant la confusion et le coût du système (...) proposant des programmes gigantesques couvrant l'intégralité des branches du droit sur l'ensemble des pays, avant de passer à d'autres matières comme l'ensemble des techniques de management, pour mieux passer à l'éthique."⁴⁵

⁴³ A. Gaudemet, *op.cit.*, p. 255.

⁴⁴ A. Danis-Fatôme et G. Viney, *op.cit.*, p. 1610.

⁴⁵ M.-A. Frison-Roche, "Compliance : avant, maintenant, après", *op.cit.*, p. 33.

Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance



EMMANUEL DAOUD

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA*

SOLENE SFOGGIA

*Avocate au Barreau de Paris, Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA*

Les premières mises en demeure d'entreprises sur le fondement de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ont été rendues publiques. En particulier, sept collectivités territoriales reprochent ainsi à Total de ne pas mentionner, dans sa cartographie des risques, le risque lié au changement climatique résultant de ses activités, ainsi que de ne mettre en œuvre aucune action adaptée d'atténuation et de prévention des risques d'atteintes graves qui en résultent¹.

La loi prévoit en effet en son premier article que toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut mettre en demeure toute société de respecter ses obligations relatives au devoir de vigilance. Si elle n'y satisfait pas dans un délai de trois mois, la juridiction compétente pourra lui enjoindre de respecter ses obligations sous astreinte. Le devoir de vigilance introduit donc de nouveaux « juges » - ONG, consommateurs, collectivités, syndicats voire concurrents - aux côtés des juges étatiques², devant lesquels l'entreprise aura désormais à répondre de mesures jusqu'ici considérées comme volontaires.

Ainsi, si le régime de responsabilité des entreprises au titre de leur devoir de vigilance, fondé sur les nouveaux

articles 1240 et 1241 du Code civil, a été abondamment commenté, ce sera en réalité certainement la possibilité d'être condamné à respecter ses obligations, sous astreinte, et en l'absence de tout dommage, qui sera le véritable enjeu de cette loi. En effet, elle offre un outil de choix aux personnes physiques et morales qui souhaiteraient engager la responsabilité des entreprises, sans devoir passer par les difficultés non négligeables de la responsabilité délictuelle appliquée au devoir de vigilance, que sont pour mémoire les enjeux de compétence, loi applicable, preuve, ou encore de lien de causalité entre la faute et le dommage.

Le nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce comporte ainsi un enjeu réputationnel significatif : l'entreprise peut être interpellée, en l'absence de tout dommage, par toute personne ayant un intérêt à agir (dont la notion généreusement définie ne manquera pas de faire débat) si elle n'a pas publié de plan de vigilance ou qu'il est considéré comme insuffisant. Au-delà des risques réputationnels, le risque financier reste également très incertain, dès lors que le montant de l'astreinte n'est pas défini. Ce risque est d'autant plus important que l'insécurité juridique liée au plan de vigilance est grande : à quel moment considèrera-t-on que l'entreprise s'est conformée à ses obligations ? Et,

¹ Dossier de presse, « 1,5°C : 13 collectivités réclament une vigilance TOTALE », 23 octobre 2018, accessible sur <https://notreaffaireatous.org/wp->

[content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf](#)

² I. Desbarats, *La RSE « à la française » : où en est-on ?* : Droit social 2018, n° 6, p.525.

surtout, comment déployer à temps un plan de vigilance dans un groupe ayant plusieurs milliers de salariés – et à quels coûts – si cette démarche doit avoir lieu dans l’urgence ?

Dans ce contexte, il nous semble indispensable de construire chaque plan de vigilance en anticipant les débats qui auront lieu devant le juge. La loi sur le devoir de vigilance est en effet une loi qui mobilise de nombreux concepts et dont la traduction juridique ne cesse d’interroger. Si les débats parlementaires, les référentiels nationaux et internationaux, les jurisprudences et autres prises de position du Conseil constitutionnel ou du gouvernement sont tous mobilisés pour préciser la loi, on ne peut en réalité que constater que l’interprétation qu’en fera le juge pourra changer le visage du niveau de vigilance effectif demandé aux entreprises.

A cet égard, les premiers contentieux annoncés pour 2019 constitueront un enjeu majeur pour les entreprises. S’il est toutefois ambitieux à ce stade de prétendre anticiper tous les débats qui se tiendront devant le juge, leurs principaux enjeux se dessinent d’ores et déjà clairement – et l’on ne peut que conseiller aux entreprises et à leurs avocats d’y porter une attention particulière dans le cadre de leur stratégie de conformité. Dans ce sens, le présent article a pour objet d’évoquer les principaux points d’attention, dont beaucoup ont été développés par la doctrine, au regard des premiers plans de vigilance publiés ainsi que des attentes d’ores et déjà exprimées par certaines organisations non gouvernementales (ONG).

1. L’enjeu de l’application et du périmètre de la loi sur le devoir de vigilance

A. L’entreprise est-elle concernée par la loi ?

La question de l’application de la loi à l’entreprise interpellée sera, dans un contexte d’imprécision et d’ambiguïté important de la loi, un axe de défense envisageable pour un certain nombre d’entreprises ; dans un premier temps du moins.

En effet, la loi prévoit que le plan doit être mis en œuvre par toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l’étranger.

Si cette formulation donnait lieu à débat dès le premier alinéa de la loi, le Conseil constitutionnel en a, selon la doctrine, clarifié rapidement la rédaction en précisant que la société mère doit avoir son siège social en France – les filiales pouvant quant à elles se trouver en France ou à l’étranger, ce qui modifie alors le seuil de salariés en conséquence (5.000 si les filiales ont leur siège social en France et 10.000 si les filiales ont leur siège social à l’étranger)³. Il importerait toutefois peu de savoir si la société mère est la filiale d’une société étrangère ou non. La loi sur le devoir de vigilance n’ayant par ailleurs pas fait l’objet de précisions quant à son périmètre d’application (au contraire de la loi Sapin II utilement précisée par la fiche « Acteurs économiques » de l’Agence française anticorruption), certains auteurs choisissent d’appliquer la règle posée par le Code du travail s’agissant du calcul du nombre de salariés de l’entreprise (les articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail énumérant pour mémoire, les types de contrats retenus)⁴, qu’il reviendra au juge de confirmer ou d’écarter.

La deuxième difficulté concerne l’application de la loi aux SAS. En effet, si la loi vise « toute société », elle prévoit que le plan de vigilance doit être publié au titre de l’article L. 225-102 du Code de commerce, qui ne s’applique pas aux SAS. Toutefois, il s’avère que le législateur n’a pas exclu les SAS au titre de l’article L. 227-1 du même code, puisqu’elles sont bien soumises par renvoi aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 introduits par cette loi. Surtout, une approche téléologique de la loi plaide naturellement pour l’inclusion des SAS⁵, que l’on ne peut qu’approuver dans un souci de cohérence.

³ S. Brabant et E. Savourey, *Le champ de la loi – Les sociétés soumises aux obligations de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l’Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 92.

⁴ *Ibid*

⁵ *Ibid*

⁶ *Ibid*

En somme, le juge devra nécessairement clarifier l'application pratique des différents critères retenus par la loi. Néanmoins, l'on ne peut que conseiller aux entreprises de faire preuve de prudence si elles souhaitent s'engouffrer dans ces brèches législatives pour définir leur axe de défense : la SAS qui soutiendrait que le devoir de vigilance ne lui est pas applicable en raison de sa forme juridique – peu important le nombre de salariés ou la sensibilité au risque de ses activités – devra s'attendre à voir son image et sa réputation fortement mises en cause par la personne qui l'a interpellée, surtout s'il s'agit d'ONG qui joueront pleinement leur rôle à ce titre.

B. L'entreprise a-t-elle bien défini son périmètre de vigilance ?

La deuxième étape pour la société consiste à définir les sociétés incluses dans son périmètre de vigilance. Le texte prévoit à ce titre que le plan doit couvrir « *les 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 périmètre doit donc être défini à un double niveau : d'une part les sociétés contrôlées et d'autre part les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.

Pour son premier niveau de vigilance, l'entreprise doit définir les sociétés dont elle détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote, ou dont elle désigne la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance pendant deux exercices successifs (avec une présomption lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction

supérieure à la sienne), ou sur laquelle elle exerce une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires. Cette notion de contrôle exclusif, direct ou indirect, aboutit ainsi à un premier périmètre élargi.

Ensuite, l'entreprise doit définir son deuxième niveau de vigilance, moins traditionnel, puisqu'il inclut les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Ce deuxième périmètre devrait cristalliser une bonne partie des débats et certaines ONG annoncent d'ailleurs déjà leurs intentions à ce titre : elles attendent des entreprises d'attirer largement tous les fournisseurs et sous-traitants de la société et de ses filiales, quelle que soit leur position dans la chaîne de valeur, chaque fois qu'ils entretiennent avec eux une relation commerciale établie qui va au-delà d'une notion de relation contractuelle directe ou de « rang 1 ».

En réalité, la loi sur le devoir de vigilance mobilise une notion bien connue du Code de commerce en cas de rupture brutale. La relation commerciale établie suppose en effet que soit rapportée la preuve d'un caractère suivi, stable et habituel ; les parties doivent raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec leur partenaire commercial⁹. L'on rappellera que le montant du chiffre d'affaires n'est pas déterminant dans cette notion, et ne doit donc pas conduire à ne retenir que les sous-traitants et fournisseurs avec les chiffres d'affaires les plus significatifs.

Cependant, les solutions rendues sous l'empire de la rupture brutale des relations commerciales établies ne seront pas nécessairement mobilisées par le juge du devoir de vigilance. Selon une partie de la doctrine, cette notion de relation commerciale établie aurait au contraire pour effet pervers de privilégier des relations courtes et ponctuelles¹⁰, aux

⁹ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

¹⁰ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapage-min.pdf].

⁹ G. Jazottes, *Sous-traitance et « relation commerciale établie » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ?* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} juillet 2018, n° 139.

¹⁰ B. Parance et E. Groulx, avec la collaboration de V. Chatelin, *Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care* : Journal du Droit International (Clunet), janvier 2018, n°1.

antipodes de la prévention des risques pensée et maîtrisée recherchée par la loi.

Par exemple, il est intéressant de noter que la Cour de cassation a pu considérer que le fait de recourir à un appel d'offres systématique plaide en faveur de l'absence de relation stable et établie, quand bien même le fournisseur avait été retenu plusieurs fois de suite¹¹. Si une telle solution était entendue strictement par les juges dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance, cette pratique pourrait avoir pour effet de réduire considérablement le périmètre de vigilance pour les entreprises dont l'appel d'offres est devenu le mode privilégié d'achats à la faveur de la loi Sapin II.

Néanmoins, la loi sur le devoir de vigilance devrait amener ses propres solutions et conduire le juge à retenir un faisceau d'indices : par exemple, certaines clauses RSE pourraient aboutir à caractériser la relation commerciale établie dès lors qu'elles feraient naître des attentes légitimes d'une relation qui s'inscrit dans le temps, en raison des engagements qu'elles impliquent pour le fournisseur¹². La notion de relation commerciale établie devrait en tout état de cause exclure la sous-traitance sauvage, c'est-à-dire la sous-traitance en cascade qui n'est, ni autorisée, ni connue, par la société donneuse d'ordre. A ce titre, l'on ne peut en revanche que conseiller aux entreprises d'accorder une attention particulière à leurs contrats et aux stipulations relatives à la sous-traitance de leur prestation, qu'elle soit autorisée ou non, afin d'écartier toute ambiguïté sur ce point.

Outre ce contexte d'insécurité juridique, les entreprises sont inévitablement confrontées à la difficulté pratique d'identifier l'ensemble des sociétés composant leur périmètre de vigilance, non seulement à leur niveau mais aussi au niveau du groupe. Cet exercice est d'autant plus difficile que la vigilance devra porter sur les seules activités des fournisseurs et sous-traitants rattachées à ladite

relation commerciale établie. Il est d'ailleurs intéressant de noter que Sherpa recommande de façon pratique, pour les sociétés n'étant pas en mesure d'identifier précisément la totalité de ce périmètre ou de ces informations dans l'immédiat, d'indiquer clairement dans leur plan le calendrier et les objectifs intermédiaires qu'elles se fixent¹³.

Un mot enfin s'agissant des parties prenantes de l'entreprise, dont la définition est nécessairement liée à son périmètre de vigilance. Si leur association n'est pas obligatoire, le plan « *a vocation* » à être co-construit avec elles selon la loi. L'entreprise est ainsi invitée à définir ses parties prenantes (filiales, sous-traitants, fournisseurs, syndicats, ONG, riverains, gouvernements locaux, investisseurs, consommateurs, etc.) en tenant compte de leur représentativité (notamment d'une pluralité d'opinions), crédibilité et indépendance¹⁴. Le fruit de ces discussions devrait en effet constituer un atout non négligeable pour l'entreprise qui aura à justifier de la pertinence de son plan devant le juge, dès lors qu'il aura été défini et validé avec ses parties prenantes.

Il est donc essentiel pour l'entreprise de préparer un dialogue constructif et de ne pas sous-estimer la difficulté d'une association large de ses parties prenantes, même des moins conciliantes. Surtout, si ces parties prenantes sont diverses, elles peuvent logiquement avoir une pluralité d'intérêts. Il est donc important de cadrer les discussions, de s'adapter, et d'en faire un exercice régulier pour qu'il ait un sens pour l'entreprise – l'avocat pouvant utilement y jouer son rôle de médiateur naturel. L'on notera enfin que Sherpa recommande à ce titre de donner des précisions sur la fréquence, les espaces et le mode d'interaction privilégiés : information préalable, entretiens, auditions, consultations, questionnaires ou encore discussion en conseil d'administration¹⁵.

¹¹ G. Jazottes, *Sous-traitance et « relation commerciale établie » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ?* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} juillet 2018, n° 139.

¹² Y. Queinnec et F. Feunteun, *La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation* : Revue Lamy droit des affaires, 1^{er} mai 2018, n° 137.

¹³ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018

¹⁴ T. Beau de Loménie et S. Cossart, *Parties prenantes et devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 94.

¹⁵ Sherpa, *Guide de Référence pour les plans de vigilance*, première édition, 2018.

C. Le plan de vigilance couvre-t-il tous les risques visés par la loi sur le devoir de vigilance ?

C'est l'une des principales critiques faites à la loi : les risques concernés sont extrêmement larges et imprécis. D'ailleurs, les premiers plans de vigilance publiés reflètent cette difficulté des entreprises à se saisir de ce périmètre élargi – ils font état de risques relativement classiques, tirés d'une première analyse des activités opérationnelles, dont on peut toutefois penser que les associations ne se suffiront pas.

En effet, les risques visés par le devoir de vigilance relèvent des droits humains et libertés fondamentales, de la santé et sécurité des personnes ainsi que de l'environnement. Or, les travaux préparatoires montrent que, si ces notions larges n'ont pas été précisées, c'est parce qu'elles renvoient aux engagements internationaux de la France, considérés comme suffisamment précis sur le sujet¹⁶. S'il revient donc aux entreprises de définir ces risques au regard d'un corpus constitué de nombreux engagements, l'approche et le texte retenus par elles ne manqueront pas de faire l'objet de débats. Un exemple simple peut être donné : les tests sur les animaux relèvent-ils des risques devant être pris en compte au titre du devoir de vigilance ?

L'entreprise doit ensuite, parmi ces risques, déterminer ceux qui relèvent d'un certain niveau de gravité aux termes de la loi. Certains auteurs ont pu rapprocher cette gravité de la notion d'ordre public international, bien connu des juridictions internationales¹⁷. Ainsi, en matière de droit du travail, l'atteinte grave pourrait concerner la violation directe d'une des huit conventions fondamentales de l'OIT, mais pas, par exemple, de faire respecter effectivement une parité hommes-femmes dans les organes de direction des entreprises¹⁸. Si cette notion n'est pas définie et laisse présager de longs débats, l'on ne peut que recommander aux entreprises de s'appuyer sur les référentiels existants et des

méthodes de cotation précises pour objectiver au maximum ce test de gravité devant le juge. Ainsi, les Principes Directeurs offrent des guides d'interprétation intéressants sur ce point : l'incidence grave se mesure par rapport à sa dimension (impacts, nombre d'individus concernés...), son objectif et son caractère irrémédiable¹⁹.

2. L'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de vigilance conforme aux standards de la loi

Les deux notions qui permettront au juge d'évaluer la conformité du plan de vigilance seront au cœur des débats : le plan doit être établi et mis en œuvre de manière effective et il doit comporter des mesures de vigilance raisonnable.

Ces deux critères renvoient directement au souci du législateur de concilier, d'une part, les attentes des parties prenantes et, d'autre part, les craintes des entreprises de se voir imposer des engagements déconnectés de la réalité.

A. Le plan est-il effectif ?

Le premier niveau concerne donc l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de vigilance, « de manière effective ». Cette précision semble directement adressée aux entreprises qui seraient tentées de faire une déclaration de principes et de bonnes intentions dans leurs rapports de gestion, principalement descriptive, sans que ce plan n'ait de réelle consistance en pratique.

En effet, cette notion d'effectivité est à rattacher directement à l'obligation de communication du plan. L'entreprise devra s'attendre à devoir justifier devant le juge – et en conséquence documenter – la mise en œuvre d'un plan effectif, c'est-à-dire d'un plan appliqué en pratique par les collaborateurs (rapport de visites ou audits, formations, rupture de relations, évaluations de tiers...), sans se contenter de codes de conduite et de clauses contractuelles.

¹⁶ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

¹⁷ P. Mougeolle, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 février 2017, consulté le 11 octobre 2018

[<http://journals.openedition.org/revdh/2970> ; DOI : 10.4000/revdh.2970].

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ S. Brabant, C. Michon et E. Savourey, *Le plan de vigilance – Clé de voûte de la loi relative au devoir de vigilance* : Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, décembre 2017, étude 93.

Une précision qu'il ne nous semble pas inutile de rappeler au regard de certaines pratiques répandues chez les entreprises, consistant notamment à imposer des engagements éthiques extrêmement détaillés à leur chaîne de valeur, sans se soucier du réalisme ni de l'application en pratique de ces engagements par ses fournisseurs. A titre d'exemple, les associations peuvent attendre des entreprises, pour chaque mesure, de prévoir un calendrier, des objectifs qualitatifs et quantitatifs et des indicateurs permettant de démontrer son effectivité et son efficacité²⁰. L'on peut aussi s'attendre au développement de stratégies judiciaires aux fins de communication de documents clefs ; par exemple en sommant l'entreprise de communiquer certaines pièces, voire en actionnant l'article 145 du Code de procédure civile afin de se les faire communiquer avant tout procès.

Néanmoins, si cette communication devra refléter l'effectivité du plan, elle aura toutefois aussi à tenir compte de la stratégie de l'entreprise quant à ses informations confidentielles. La communication du plan devra en ce sens associer en interne les fonctions juridiques, de RSE et de communication afin de ne pas engager la responsabilité de l'entreprise ni divulguer d'informations protégées. A ce titre, certaines entreprises ont d'ailleurs déjà invoqué leur secret des affaires pour ne pas publier un plan de vigilance détaillé.

B. Le plan est-il raisonnable ?

Le deuxième niveau concerne la mise en place de mesures de vigilance raisonnable. L'appréciation de la notion de « raisonnable » sera tout autant essentielle à la définition du devoir de vigilance : les entreprises ne devraient a priori pas pouvoir être appelées à prévenir des risques ne relevant pas de leur activité ou à mettre en place une politique de risque zéro.

Néanmoins, sur ce sujet sensible, les entreprises peuvent légitimement craindre un manque de sécurité juridique important : la notion de

« raisonnable » pose traditionnellement de nombreuses questions quels que soient les domaines du droit où elle est mobilisée (l'on peut par exemple citer la notion très fluctuante de « délai raisonnable »).

Un parallèle particulièrement intéressant peut être fait avec la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), laquelle définit « l'aménagement raisonnable » comme « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales* » (article 4.3.2) . Ainsi, les moyens cessent d'être raisonnables s'ils imposent des charges disproportionnées aux entreprises en fonction d'une situation donnée. Il s'agit donc d'une notion relative : le standard du devoir de vigilance pourra de la même manière varier en fonction du niveau de gravité du risque, de sa nature, de la maturité des entreprises et des outils à leur disposition, dans un contexte, il faut le rappeler, d'obligation de moyens.

A ce titre, certaines associations avancent d'ores et déjà que le caractère raisonnable suppose « *que le niveau maximum possible de ressources techniques humaines et financières soit investi en fonction de la gravité de chaque risque, ce qui correspond également à la notion d'obligation de moyens qui caractérise le devoir de vigilance* »²¹. L'on retiendra pour notre part un standard plus nuancé. En réalité, si les entreprises sont invitées à s'appuyer, ici encore, sur les référentiels existants tels que les guides de l'OCDE²², on ne peut que leur conseiller d'anticiper les débats sur ce point : documenter ses essais et ses échecs, afin d'apporter au débat son expérience pratique et opérationnelle indispensable à la définition de la notion de « vigilance raisonnable ». Cette anticipation est particulièrement importante dès lors que le critère « raisonnable » s'accommodera mal, en tout état de cause, de

²⁰ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapage-min.pdf].

²¹ *Ibid.*

²² B.Parance et E. Groulx, avec la collaboration de V. Chatelin, *Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care* : Journal du Droit International (Clunet), janvier 2018, n°1.

l'absence de prise en considération évidente de certains risques graves expressément visés par la loi.

Comme pour la loi Sapin II, la loi précise certaines des mesures de vigilance devant être mises en œuvre dans le cadre de ce plan. Il s'agit des outils classiques de la RSE : cartographie des risques, procédures d'évaluation des tiers, actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. S'agissant plus particulièrement des procédures d'évaluation, la formulation du texte ne semble toutefois pas imposer une évaluation de chaque fournisseur, sous-traitant, filiale, mais bien de leur situation. Ainsi, des évaluations pourraient utilement être menées, au moins dans un premier temps, par secteur d'activités et zones géographiques afin d'évaluer la situation et les actions pouvant être mises en œuvre en fonction des risques inhérents à certains tiers présentant des situations similaires. Cette démarche, si elle a le mérite de rationaliser utilement les mesures, s'inscrit par ailleurs en cohérence avec la loi qui préconise la mise en œuvre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

L'appréciation du caractère adapté des mesures prises par les entreprises pourra enfin susciter des interrogations, notamment lorsque la loi locale autorise un standard différent de celui qui devrait être mis en place dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance. Il est d'ores et déjà possible de penser que, si une loi locale autorise une pratique, cela ne suffira pas à exonérer l'entreprise de son devoir de vigilance dès lors que cette pratique est porteuse de risques et qu'elle devra le faire figurer sur son plan.

L'appréciation du juge aura nécessairement un retentissement économique fort : va-t-il considérer que l'entreprise doit nécessairement arrêter ses activités dans le pays concerné si elle n'est pas en mesure de prévenir le risque de façon adaptée ? Dans ce sens, plusieurs options sont d'ores et déjà évoquées selon les associations, la première étant effectivement de ne pas conduire d'activités dans le pays, mais aussi de pratiquer une forme de désobéissance pacifique, de recourir aux voies légales et judiciaires pour contester cette norme ou

encore de réaliser un travail d'influence auprès des partenaires commerciaux et autorités locales²³. L'on peut également y ajouter l'octroi de meilleures conditions à ses salariés ou partenaires ou l'interdiction de certaines pratiques dans ses procédures internes.

Conclusion

En définitive, le devoir de vigilance s'accompagne d'une insécurité juridique indéniable, mais les entreprises jouissent en contrepartie d'une réelle liberté dans la définition et la mise en place des mesures prescrites, et plus largement dans la construction de ce nouveau devoir leur incombant.

Aussi, si la loi est aujourd'hui conçue et perçue comme un outil concret pour les parties prenantes de l'entreprise, l'on ne peut que recommander aux entreprises et à leurs avocats de se saisir à leur tour de cet outil sans attendre les premiers contentieux d'ores et déjà prévus par les ONG, afin d'y apporter leurs réponses, solutions et plus largement leur vision d'un référentiel à co-construire.

Dans ce sens, la pratique des affaires incite à ne pas céder à une diabolisation mutuelle entre les acteurs de ce nouveau devoir de vigilance : le dialogue entre les entreprises et leurs parties prenantes s'avère souvent être une vraie valeur ajoutée pour les premières comme pour les deuxièmes et doit se développer avec leurs avocats, tant en dehors que dans les prétoires.

²³ Sherpa, *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*, première édition, 2018 [<https://www.asso-sherpa.org/wp->

[content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf](https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf)].

A point for setting administrative fines under the GDPR



WINSTON MAXWELL

Partner, Hogan Lovells, Paris

CHRISTINE GATEAU

Partner, Hogan Lovells, Paris

Article 83 of the GDPR¹ provides for two levels of administrative fines: a lower level - maximum of €10 million or 2% of the global turnover - for violations relating to record-keeping, data security, data protection impact assessments, data protection by design and default, and data processing agreements; and a higher level - maximum of €20 million or 4% of the global turnover - for violations relating to data protection principles, the legal basis for processing, information to data subjects, the prohibition of processing sensitive data, denial of data subjects' rights, and data transfers to non-EU countries.

In addition to setting two levels of administrative fines, Article 83 of the GDPR provides criteria that national supervisory authorities must apply when setting administrative fines. On 3 October 2017, the Article 29 Working Party – a body now called the European Data Protection Board ("EDPB") – issued guidelines ("EDPB Guidelines") on the setting of administrative fines.²

The purpose of this article is to consider the criteria for setting administrative fines under Article 83 of the GDPR in light of the EDPB Guidelines, case law of the CJEU and national courts. Where applicable,

we will compare the criteria in Article 83(2) of the GDPR with those used in setting administrative fines for competition law violations, as well as with the methodology used by authorities in the United States for setting fines. We will also consider procedural safeguards under Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Pursuant to the EDPB Guidelines, supervisory authorities must consider the proportionality of the corrective measures mentioned in Article 58(2) of the GDPR, including a warning or reprimand, before imposing a fine. When supervisory authorities conclude that an administrative fine is necessary, we propose that they refer to a scoring system that would provide a common framework for calculating the amount of the fine. The scoring system would be based on the number of persons affected by the violation, and would include various multipliers designed to reflect the nature, gravity and duration of the infringement. The score would then be adjusted by the mitigating or aggravating factors listed in Article 83(2) of the GDPR.

Supervisory authorities would remain free to adjust, or in some cases disregard, the scoring system to account for the facts of each case. Yet, a common

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, O.J.L. 119, 4.5.2016, p. 1–88, *hereinafter* "GDPR".

² Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of Regulation 2016/679, WP 253, 3 October 2017, *hereinafter* "EDPB Guidelines".

framework for calculating fines would contribute to transparency, consistency and legal certainty.

1. The principle of equivalence

The first principle mentioned in the EDPB Guidelines is that sanctions should be "equivalent". The principle of equivalence flows from Article 57(1)(g) of the GDPR, which requires that supervisory authorities cooperate "with a view to ensuring the consistency of application and enforcement of this Regulation". Recitals 10 and 11 of the GDPR also stress the need for equivalent sanctions. According to the EDPB, equivalence requires that different supervisory authorities in the EU apply similar fines to similar cases. The principle of equivalence can also be found in the case law of the European Court of Justice, even though its meaning is not exactly the same as that mentioned by the EDPB. In CJEU case law on sanctions, the concept of equivalence means that Member States must apply sanctions to violations of EU law that are equivalent to sanctions applicable to comparable violations of national law.³

The GDPR's mechanisms on cooperation and consistency⁴ ensure that supervisory authorities coordinate their actions, particularly for violations involving cross-border processing. Article 70(k) of the GDPR empowers the EDPB to create guidelines on corrective measures and administrative fines in order to ensure consistency. In its Guidelines, the EDPB points to its dispute resolution powers under Article 65 of the GDPR as a way for the EDPB to help ensure consistency in fining practices. However, the EDPB's dispute-resolution role would come into play only when one supervisory authority objects to another's proposed sanction, and that

would only occur for sanctions that fall under the coordination and consistency mechanism for cross-border processing.

Finally, equivalence requires that a supervisory authority apply the same level of sanctions to the same kind of violation, i.e. non-discrimination in the application of sanctions. The non-discrimination obligation is part of the constitutional obligation of predictability and legality of sanctions.

2. "Effective, proportionate and dissuasive" sanctions

Article 83 states that administrative fines under the GDPR should be "effective, proportionate and dissuasive". These criteria appear explicitly in a number of other EU directives and regulations.⁵ The concepts "effective, proportionate and dissuasive" flow from Article 4(3) of the TEU, which requires that Member States take all measures necessary to guarantee the application and effectiveness of Union law. Thus, even if the words "effective, proportionate and dissuasive" were not expressly mentioned in Article 83 of the GDPR, the concepts would nevertheless apply to administrative fines under the GDPR.⁶

Effectiveness, proportionality and dissuasiveness have been defined by CJEU case law. "Effectiveness" means that national law should not render the enforcement of EU law virtually impossible.⁷ Effectiveness also includes the principle of equivalence and non-discrimination as regards comparable violations of national law.⁸ "Proportionality" means that sanctions should not exceed what is appropriate and necessary to attain the objective legitimately sought by the legislation,

³ CJEU, *Rewe-Zentralfinanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Case C-33/76, E.C.R. 1976 -01989, 16 December 1976, point 5.

⁴ GDPR chapter VII.

⁵ See, e.g., Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, O.J.L. 303, 28.11.2018, p. 59–68, art. 5(4); Regulation (EU) 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down obligations of operators who place timber and timber products on the market; Directive 2008/99/EC of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law, O.J.L. 295, 12.11.2010, p. 23–34; Directive 2009/123/EC of 21 October

2009 amending Directive 2005/35/EC on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringement, O.J.L.280, 27.10.2009, p. 52–55; Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS), O.J. L. 302, 17.11.2009, p. 32–96.

⁶ CJEU, *Commission of the European Communities v Hellenic Republic*, Case C-68/88, E.C.R. 1989 -02965, 21 September 1989, at 24.

⁷ CJEU, *Comet BV v Produktschap voor Siergewassen*, Case C-45/76, E.C.R. 1976 -02043, 16 December 1976, at 16.

⁸ *Id.*

and that when there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued.⁹ The obligation to consider all appropriate measures and choose the least onerous is also reflected in the EDPB's Guidance: Supervisory authorities "**must** include consideration of all the corrective measures, which would include consideration of the imposition of the appropriate administrative fine, either accompanying a corrective measure under Article 58(2) or on its own".¹⁰ "Dissuasiveness" means that the application of the penalty must result in the party having violated the law being substantially worse off than would be the case if he complied with the law. This requires, at a minimum, that the penalty be sufficiently high so that the guilty party loses any benefit that arose because of its illegal behaviour.¹¹ Dissuasiveness also requires that one take into effect the likelihood of enforcement:

89. A penalty is *dissuasive* where it prevents an individual from infringing the objectives pursued and rules laid down by Community law. What is decisive in this regard is not only the nature and level of the penalty but also the likelihood of its being imposed. Anyone who commits an infringement must fear that the penalty will in fact be imposed on him. There is an overlap here between the criterion of dissuasiveness and that of effectiveness.¹²

The European Competition Authorities Working Group on Sanctions confirms this approach to deterrence: "In order to achieve an adequate level of deterrence, the level of fines should exceed any potential gains that may be expected from the infringement".¹³ When discussing the concept of "effective, proportionate and dissuasive" fines, the EDPB Guidelines do not cite any of the CJEU case law referred to above. The EDPB states simply that "[a] more precise determination of effectiveness,

proportionality or dissuasiveness will be generated by emerging practice within supervisory authorities (on data protection, as well as lessons learned from other regulatory sectors) as well as case-law when interpreting these principles".¹⁴

3. The "nature, gravity and duration" of the infringement

Article 83(2)(a) of the GDPR requires that administrative fines take account of the "nature, gravity and duration" of the infringement. As pointed out by the EDPB Guidelines, the GDPR already creates two categories of infringement: those attracting the lower maximum fine (€10 million/ 2% global turnover), and those attracting the higher maximum fine (€20 million/ 4% global turnover). These two levels of maximum fines correspond to violations of different provisions of the GDPR. The lower maximum fines correspond to violations of security obligations and record-keeping obligations, among others. The higher maximum fines correspond to violations of articles going to the heart of the GDPR's substantive obligations, such as the obligation to have a legal basis for processing, or to inform data subjects about processing. By setting different maximum fines, the GDPR signals that violations of the second series of articles are more serious than violating the first series of articles. Thus Article 83 already provides an initial classification of violations according to their nature and gravity: the violations mentioned in Article 83(5) GDPR, which correspond to the highest potential fines (4% global turnover), have a "nature and gravity" score potentially twice as high as the violations mentioned in Article 83(4), which correspond to the lower maximum fines (2% global turnover).

A logical conclusion would be that fines for the violations mentioned in Article 83(5) should generally be twice as high as fines for the violations mentioned in Article 83(4). However, this rule of

⁹ CJEU, *Ute Reindle v. Bezirkshauptmannschaft Innsbruck*, C-443/13, 13 November 2014, at 39.

¹⁰ EDPB Guidelines at p. 7 (bold in the original text).

¹¹ CJEU, *LCL Le Crédit Lyonnais v. Fesih Kalhan*, Case C-565/12, 27 March 2014, at 51.

¹² Opinion of Advocate General Kokott, *Berlusconi and Others*, Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, 14 October 2004, at 89 (footnotes omitted).

¹³ European Competition Authorities (ECA) Working Group on Sanctions, *Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law, Principles for convergence*, May 2008, at 3.

¹⁴ EDPB Guidelines at p. 6.

thumb would in many cases conflict with other rules of Article 83, including the rule of proportionality or the rule that fines should take account of the level of damage suffered by data subjects. For example, violations relating to data security obligations are listed in Article 83(4) and therefore benefit from a relatively low score for "nature and gravity". Yet data security violations can create extremely high damages for data subjects; they are among the gravest form of GDPR violations in terms of adverse consequences for data subjects and society. By contrast, a failure to include the duration of data retention in an information notice will in itself cause little or no damage to data subjects and can be considered a form of technical violation. Yet failure to mention the duration of data retention corresponds to a violation of Article 13 that falls under Article 83(5), and therefore attracts a higher "nature and gravity" score than a massive data security breach.

Consequently, the classification between different kinds of violations in Article 83(4) and 83(5) does not provide a reliable benchmark for assessing "nature and gravity". A more reliable proxy for gravity would be the number of data subjects affected, multiplied by the level of damage suffered by each data subject. A violation involving sensitive data, or resulting in identity theft, might correspond to a high damage score for each individual than a violation creating no damage, for example a failure to mention the duration of data retention in an information notice. The level of gravity could therefore be measured by multiplying the number of affected data subjects by an individual damage score. For example, in the case of a data breach involving the loss of sensitive data for 100,000 data subjects, the number of data subjects may be multiplied by a high individual damage score, for example 3. This would yield a nature and gravity score of $100,000 * 3 = 300,000$.

Evoking the level of damage suffered by data subjects is always difficult because many data protection violations correspond to harms that are not easy to measure in economic terms. Recital 75 GDPR lists the many forms of the harms that can result from data protection violations, and while it is difficult to put a price tag on many of the harms

mentioned in Recital 75, it is possible to create categories of harm, for example, light, medium and severe. This sort of classification is required in any event for data protection impact assessments, where the adequacy of protective measures will depend on the risk of harm. The risk of harm must necessarily take into account the level of impact on each data subject.

Article 83(2)(a) states that in addition to taking into account the number of data subjects affected and the level of damage suffered by them, supervisory authorities should also consider "*the nature, scope or purpose of the processing concerned*". A purpose for data processing with a high level of utility for society, e.g. medical research, might warrant a lower multiplier than a purpose with lower societal benefits, e.g. commercial advertising. In the context of our example, let us imagine that the processing of sensitive data was done for the purpose of creating commercial profiles for advertising. This would generate a high purpose multiplier, for example 3, compared to processing for medical research, which would generate a low purpose multiplier of 1. Thus in the foregoing example, the nature and gravity score would again be multiplied by 3: $300,000 * 3 = 900,000$.

In addition to the nature and gravity, the duration of the violation must also be taken into account. Adding duration to the formula is straightforward: It would be sufficient to add a multiplier to the equation corresponding to the number of months during which the violation occurred. In the above example, if the data vulnerability resulting in the loss of sensitive data lasted for 6 months, the resulting nature and gravity score (900,000) would be multiplied by 6, the number of months during which the violation occurred. A linear duration multiplier is routinely used in setting of competition law fines.

The EDPB Guidelines do not suggest using a simple duration multiplier. Instead, the EDPB says that the duration will be an indication of:

- a) wilful conduct on the data controller's part, or
- b) failure to take appropriate preventive measures, or

- c) inability to put in place the required technical and organisational measures.¹⁵

As our example above shows, creating a consistent methodology for scoring nature, gravity and duration is relatively straightforward. More difficult will be transforming the score into a monetary penalty. Should each point in the score correspond to an administrative fine of 0.20€, 0.50€, 1€, or 2€? We will return to this question in section 6 below.

4. "Minor" infringements

Recital 148 of the GDPR refers to the concept of "minor infringements", which the EDPB explains may be infringements that in the particular circumstances do not pose a significant risk to the rights of data subjects, and do not affect the essence of the obligation in question. For minor infringements, Recital 148 states that a "reprimand may be sufficient". This corresponds to the requirement, mentioned in section 2 above, that supervisory authorities systematically consider application of all alternative remedies in Article 58, and choose the one that is most proportionate in the circumstances. A failure to mention the duration for the retention of data in the information notice may be an example of a minor infringement, particularly if the actual retention periods for data used by the data controller are not excessive. By contrast, a failure to mention the duration of data retention combined with excessively long data retention periods would likely be viewed as affecting the "essence of the obligation in question". The violation would in that case not be a minor infringement for purposes of Recital 148.

5. Other factors

Article 83(2) lists ten other factors that supervisory authorities must take into account when setting fines. These factors resemble the aggravating and mitigating factors set forth in the European

Commission guidelines on setting fines for competition law violations¹⁶, as well as in the United States Sentencing Guidelines¹⁷.

A. The intentional or negligent character of the infringement

The EDPB Guidelines state that intentional violations, "demonstrating contempt for the provisions of the law, are more severe than unintentional ones and therefore may be more likely to warrant the application of an administrative fine."¹⁸ The Guidelines give several examples of intentional violations, citing for example "unlawful processing authorised explicitly by the top management hierarchy of the controller, or in spite of advice from the data protection officer or in disregard for existing policies". The involvement of senior management is an aggravating factor under the United States Sentencing Guidelines as well.¹⁹ According to the EDPB, "failure to read and abide by existing policies, human error, failure to check for personal data in information published, failure to apply technical updates in a timely manner, failure to adopt policies (rather than simply failure to apply them) may be indicative of negligence."²⁰

The EDPB refers to "grey areas" where more extensive investigations will be needed to determine whether a violation is intentional or negligent. The EDPB Guidelines do not discuss infringements that result from good faith interpretations of the GDPR by the data controller that diverge from the interpretation of the supervisory authority. The GDPR puts the responsibility on the data controller to interpret many of the general obligations contained in the GDPR, and to demonstrate the data controller's compliance with those obligations. For example, it is up to the data controller to design the presentation of information to data subjects in a "concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language"²¹. The supervisory authority may disagree with the

¹⁵ EDPB Guidelines at p. 11.

¹⁶ [EC] Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, (2006/C 210/02), OJ C 210, 1.9.2006, p. 2–5, 1 September 2006.

¹⁷ United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, ch. 8 (*Sentencing of Organizations*), 1 November 2018, *hereinafter USSC*, p. 509.

¹⁸ EDPB Guidelines at p. 12.

¹⁹ USSC, *supra* note 17, at p. 529, §8C2.5(b).

²⁰ EDPB Guidelines at p. 12.

²¹ GDPR art. 12.

data controller's choices, and find that the data controller's approach is not as transparent and accessible as the supervisory authority would like. This difference in interpretation could constitute a violation. But would such a violation be intentional, negligent, or neither? The same question would arise where a supervisory authority does not agree with the risk analysis and mitigation measures chosen by the data controller in its data protection impact assessment, or where the supervisory authority does not agree with the balancing done by the data controller in connection with "legitimate interest" processing. The GDPR emphasizes risk-based decision-making by the data controller based on the data controller's own interpretation of the GDPR's provisions. In some cases, the supervisory authority will not agree with the data controller's approach. Indeed, it would be surprising if the supervisory authority *did* agree, unless the data controller simply copied an approach previously approved by the supervisory authority. In many cases, the supervisory authority will evaluate the data controller's choices after an incident has occurred or a complaint has been made, leading to a normal bias that the data controller's measures were not sufficient.

Regrettably, the EDPB Guidelines do not discuss cases where the data controller has made a good faith effort to interpret the GDPR's obligations in the spirit of accountability, but it turns out that the supervisory authority disagrees with the data controller's approach. Such a case should be a "non-negligent" infringement of the kind mentioned by the EDPB in connection with Article 83(2)(c). For these situations, only a warning or reprimand under Article 58 GDPR would be appropriate, deterrence not being necessary for a good faith mistake.

B. Any action taken by the controller or processor to mitigate the damage suffered by data subjects

According to the EDPB Guidelines, quick and responsible action by the data controller to mitigate the consequences of a violation should be taken into account as a mitigating factor:

²² EDPB Guidelines at pp. 12-13.

This provision acts as an assessment of the degree of responsibility of the controller after the infringement has occurred. It may cover cases where the controller/processor has clearly not taken a reckless/negligent approach but where they have done all they can to correct their actions when they became aware of the infringement.²²

The EDPB recognizes the existence of "non-negligent" infringements in this context, i.e. a situation where the data controller has not taken a reckless or negligent approach and done all it could to correct the situation. According to the EDPB, this situation may tip the balance away from imposition of a fine, toward other more proportionate corrective measures, such as a warning, under Article 58 GDPR. It is a pity that the EDPB did not examine the case of "non-negligent" infringements when discussing Article 83(2)(b) of the GDPR, which relates to the intentional or negligent character of the infringement.

C. The degree of responsibility of the controller or processor taking into account technical and organisational measures implemented by them pursuant to Articles 25 and 32

As pointed out by the EDPB in its Guidelines, Articles 25 and 32 of the GDPR impose on data controllers an obligation of means, rather than an obligation of a given outcome. The controller "must make the necessary assessments and reach the appropriate conclusions" on what constitutes appropriate means to ensure compliance with the GDPR.²³ This will depend in part whether the data controller has implemented sufficient technical and organisational measures, and involved the appropriate level of management in the organisation. Assessing the level of responsibility of the data controller boils down to determining whether the data controller has an effective GDPR compliance program in place. This mitigating factor for GDPR financial penalties is directly inspired by the United States Sentencing Guidelines, which permit organisations to earn positive points in sanction

²³ EDPB Guidelines at p. 13.

proceedings, if they can show that they have an effective compliance program in place.²⁴

D. Any relevant previous infringements by the controller or processor

Recidivism is an aggravating factor for sanctions under the GDPR. This principle is also applied in the European Commission's guidelines on competition law fines²⁵, and the United States Sentencing Guidelines²⁶.

E. The degree of cooperation with the supervisory authority, in order to remedy the infringement and mitigate the possible adverse effects of the infringement

The EDPB Guidelines provide little useful guidance on how the cooperation factor should be applied, other than to point out that cooperation which is required anyway under law should not be considered a mitigating factor. The EDPB points out that if an organisation responded "in a particular manner" during the investigation phase and the organisation's cooperation reduced the impact of the violation, this may be a mitigation factor.

Cooperation is a well-known mitigation factor both in EU competition cases and in United States investigations. For competition law cases, companies earn mitigation credit if they "effectively cooperated with the Commission outside the scope of the Leniency Notice and beyond its legal obligation to do so".²⁷ Companies also can benefit from mitigating circumstances if they "terminated the infringement as soon as the Commission intervened".²⁸

Under the United States Sentencing Guidelines, cooperation is a major factor for reducing fines, which is why companies generally prefer to cooperate with the United States authorities in major investigations. To earn cooperation credit, companies in the United States must actively help

the authorities determine the facts surrounding the potential violation and identify relevant individuals:

In order for a company to receive any consideration for cooperation under this section, the company must identify all individuals substantially involved in or responsible for the misconduct at issue, regardless of their position, status or seniority, and provide to the Department all relevant facts relating to that misconduct.²⁹

Under both EU competition law, and the United States Sentencing Guidelines, refusal to cooperate, or obstruction of justice, can be an aggravating factor.

F. The categories of personal data affected by the infringement

The EDPB Guidelines point to the nature of the personal data, as well as whether the data were encrypted. Presumably unencrypted sensitive data would point to a more serious violation, meriting a higher fine, than encrypted non-sensitive data. As mentioned in section 3 above, the nature of the data involved will have already been taken into account when determining the "nature and gravity" of the infringement. We suggested a specific multiplier that would reflect the damage associated with different kinds of data.

G. The manner in which the infringement became known to the supervisory authority, in particular whether, and if so to what extent, the controller or processor notified the infringement

Article 33 of the GDPR imposes on data controllers an obligation to notify the supervisory authority about personal data breaches without undue delay. As a consequence, the EDPB Guidelines provide that the notification of a personal data breach to the supervisory authority is not a mitigating factor as it

²⁴ USSC, *supra* note 17, at p. 517, §8B2.1.

²⁵ [EC] Guidelines on the method of setting fines, *supra* note 16, at 28.

²⁶ USSC, *supra* note 17, at p. 530, §8C2.5(c).

²⁷ [EC] Guidelines on the method of setting fines, *supra* note 16, at 29.

²⁸ *Id.*

²⁹ United States Department of Justice [USDJ], Justice Manual, 9-28.000 (Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations), 9-28.700 (The Value of Cooperation).

corresponds to the mere fulfilment of the obligation set by abovementioned Article 33.

By contrast, a failure to notify or a failure to adequately assess the extent of the data breach resulting in an insufficient notification which does not meet the requirements set by Article 33 of the GDPR is an aggravating factor. According to the EDPB, data controllers may thus "be considered by the supervisory authority to merit a more serious penalty i.e. it is unlikely to be classified as a minor infringement"³⁰, as mentioned in section 4 above.

H. Where measures referred to in Article 58(2) have previously been ordered against the controller or processor concerned with regard to the same subject-matter, compliance with those measures

In order to assess this criterion, the EDPB recommends that supervisory authorities take into account their previous contacts with data controllers or processors, when monitoring compliance with previous corrective measures. The EDPB points out that, as opposed to the recidivism aggravating factor, this criterion aims at reminding supervisory authorities to refer to previously imposed measures with regard to the same subject matter.

I. Adherence to approved codes of conduct pursuant to Article 40 or approved certification mechanisms pursuant to Article 42

According to the GDPR, adherence to approved codes of conduct or approved certification mechanisms may be used by the controller to demonstrate compliance with its obligations.

In case of a personal data breach, the EDPB points out that "adherence to an approved code of conduct might be indicative of how comprehensive the need is to intervene with an effective, proportionate, dissuasive administrative fine or other corrective measure from the supervisory authority"³¹. Yet, the EDPB also indicates that supervisory authorities might consider that the self-regulatory measures taken by the body in charge of administering the code "are effective, proportionate or dissuasive

enough in that particular case without the need for imposing additional measures from the supervisory authority itself".

Articles 41(1) and 43(1) of the GDPR provide that the powers of the monitoring body are "without prejudice to the tasks and powers of the competent supervisory authority". The EDPB Guidelines point out that the supervisory authority is not under an obligation to take into account sanctions previously imposed by the monitoring body.

Last, the EDPB indicates that adherence to approved codes of conduct or approved certification mechanisms can be used to assess the intentional or negligent character of the infringement mentioned in section 5.1 above.

J. Any other aggravating or mitigating factor applicable to the circumstances of the case, such as financial benefits gained, or losses avoided, directly or indirectly, from the infringement

The EDPB Guidelines provide little guidance as to the use of other aggravating or mitigating factors. The EDPB only points out that profit obtained as a result of the infringement should be compensated through measures which have a "pecuniary component", and "may constitute a strong indication that a fine should be imposed"³².

6. Lessons from competition law

The GDPR's system for administrative fines is in many respects similar to the system used in European competition law. Both systems have maximum fines based on the global turnover of the organisation. Both systems take into account the gravity and duration of the violation as well as the level of cooperation with authorities. In competition law, the European Commission and national competition authorities have developed a methodology to help contribute to legal certainty³³

³⁰ EDPB Guidelines at p. 15

³¹ EDPB Guidelines at p. 15

³² EDPB Guidelines at p. 16

³³ CJEU, *Groupe Danone v Commission of the European Communities*, Case C-3/06 P, E.C.R. 2007 I-01331, 8 February 2007, at 23.

and transparency³⁴. Within this methodology, authorities are then free to take special factors into account, but the objective of the methodology is to give authorities a consistent starting point.

Under the European Commission's 2006 competition law guidelines the starting point for calculating administrative fines is the turnover of the relevant companies relating to the violation. For example if the violation relates to a cartel in the sale of steel in France, the starting point for calculation of the fine will be the amount of the undertaking's annual sales of steel in France in the market in which the violation occurred. A percentage is then applied to that starting amount, which the Commission suggests should be 30%. 30% is a rough approximation of the gross profit realised by the company from the sales.

According to the Commission, taking a percentage of the gross sales resulting from the incriminated behaviour is a good starting point for measuring the gravity of the violation. To measure the duration of the violation, the Commission measures the number of years during which the violation occurred. For example in the case of a cartel relating to the sale of steel products in France, if the annual gross sales are €100 million, the baseline annual amount would be equal to 30% x €100 million or €30 million. If the cartel lasted six years, this baseline amount of €30 million would be multiplied by 6, yielding €180 million. This would be the starting amount of the fine, which would then be subject to a series of aggravating or mitigating adjustments. Here, the methodology is similar to what we see in Article 83 of the GDPR.

Once the aggravating and mitigating factors have been applied to the original baseline amount, the Commission's methodology for competition law then requires verification that the resulting amount does not exceed the statutory cap of 10% of the global revenues of the relevant undertaking.

Much of the methodology used in setting competition law fines can be applied to GDPR

violations with the exception of the first step, which consists of setting the baseline amount for the fine. In competition law cases there is a market of relevant products or services in which the competition law violation occurred. The reason the anticompetitive behaviour occurred in the first place was to increase the company's sales and/or margins in that relevant market. Consequently the level of sales into that market can serve as a good proxy for measuring the importance of the infringement and its impact on the economy. For data protection violations, the process is more difficult because the violations do not relate directly to higher prices, higher market shares or higher margins for the companies involved.

Data protection violations are not supposed to translate necessarily into economic damage for data subjects. Article 83 of the GDPR mentions the level of damage suffered by data subjects as one factor to be taken into account, but given the human rights approach taken under the GDPR, it seems difficult to use the level of damage suffered by data subjects as a starting point for a calculation of administrative fines. Indeed, data protection authorities are loath to translate data protection violations into measurable economic harm. And yet to achieve consistency and predictability in setting of administrative fines under the GDPR, there needs to be some method for calculating the initial amount of the fine, which is then subject to adjustment based on aggravating and mitigating factors. Otherwise the diverse approaches to fine determination under the GDPR will lack consistency and legal certainty.

The most obvious starting point for setting a fine would be the calculation of the number of data subjects affected by the relevant violation. The number of persons affected would be one factor indicating the gravity of the violation: a violation affecting 3 million people is usually more serious, than a violation affecting 3 people. A second factor would be the type of data involved in the violation. For example routine commercial data might warrant a low multiplying factor of one, whereas sensitive personal data might warrant a multiplier of three.

³⁴ Autorité de la concurrence [French Competition Authority], Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties, at 14.

The duration of the infringement is also easy to calculate. The same methodology could be used as the one used in competition law, i.e. the baseline score is multiplied by the number of years during which the violation took place.

As we demonstrated in Section 3, it would be relatively straightforward to develop a scoring system. The real challenge lies in transforming a score into a monetary amount. Should a "point" in the scoring system translate into 0.20€, 0.50€, 1€ or 100€? As noted previously, data protection authorities are loath to put a price on individual data protection violations. Yet setting a monetary amount is required for administrative fines, and there must be a consistent approach.

The European Court of Justice has defined the concept of dissuasive penalties as penalties that are sufficient to ensure that the illegal conduct is not profitable. Corporations typically pursue anticompetitive activities in order to increase their sales and/or margins. This also holds true for data protection violations. A data protection violation may occur because a company wants to minimize its costs or increase its revenues compared to the situation in which it does not violate data protection requirements. Comparing the profits of a company in the situation where it complies scrupulously with data protection requirements to the situation in which it does not comply would provide a good picture of illegally gained profits of the company, and those profits could be the starting point for any discussion of administrative fines. Profits are expressly mentioned in Article 83(2)(k) of the GDPR, but they are cited as an aggravating or mitigating factor, not as the starting point for calculating GDPR fines.

Determining profits may also be too complex a criterion for regulatory authorities in practice. In many cases, profits will be non-existent, or will be too dependent on confidential information held by the relevant company. Therefore, it may make sense,

as in competition law, to create a simplifying rule. The simplifying rule would be the number of data subjects affected, multiplied by the factors mentioned in Section 3 above. This would yield an initial fine amount that could then be increased, or decreased, by the supervisory authority based on all the factors mentioned in Article 83(2) of the GDPR.

It is hard to think of any starting point for fines other than the number of data subjects affected by the violation. The difficulty will be setting an initial monetary amount to correspond to each point in the score. This will necessarily force data protection authorities to translate data protection harm into an economic unit. The scoring systems, and the economic unit, would then serve as the starting point when developing a sanction approach in a given case.

The scoring system would come into play only in cases where the supervisory authority determines, after examining the proportionality of all the other corrective measures in Article 58 of the GDPR, that an administrative fine is necessary.

7. Appropriate procedural safeguards

The GDPR provides that the exercise of the sanctioning powers conferred on the supervisory authorities shall be subject to appropriate procedural safeguards in accordance with the general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, including effective judicial protection and due process.³⁵ This is in line with French case law on independent administrative authorities, and in particular the Restricted Committee of the CNIL.

In a decision dated 30 December 1982, the French Constitutional Council ruled, with respect to tax law, that constitutional principles applicable in punitive matters³⁶ shall apply to any sanction having the character of a punishment, even when such sanction is imposed by a non-judicial authority.³⁷ The French Supreme Court ruled that Article 6§1 of the

³⁵ See GDPR recital 148, arts. 58(4) and 83(8).

³⁶ Notably, the principle according to which "[t]he Law must prescribe only the punishments that are strictly and evidently necessary; and no one may be punished except by virtue of a Law drawn up and promulgated before the offense is

committed, and legally applied", French Declaration of Human and Civic Rights, 26 August 1789, art.8.

³⁷ Conseil constitutionnel [French Constitutional Council], no. 82-155 DC, 30 December 1982.

European Convention on Human Rights (right to a fair trial) is applicable to independent administrative authorities which are invested with the power to issue financial sanctions.³⁸

For the first time in 1999, the French Administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*) decided that when issuing financial sanctions, the Financial Market Authority must be considered as determining "criminal charges" within the meaning of Article 6§1 of the European Convention on Human Rights.³⁹ Accordingly, this independent administrative authority is obliged to comply with the rights set forth in the Convention. By contrast, on the same day, the French Administrative Supreme Court ruled that a CNIL deliberation is not handed down by a "tribunal" within the meaning of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights.⁴⁰ In a decision dated 19 February 2008, the French Administrative Supreme Court reversed its case law and ruled that the CNIL can be considered a "tribunal" within the meaning of Article 6§1 of the European Convention on Human Rights.⁴¹ The French Constitutional Council recalled in 2009 that the sanctioning power vested in the independent administrative authorities must be accompanied by measures intended to ensure protection of constitutional rights and liberties.⁴²

In 2014, the French Administrative Supreme Court decided that the Restricted Committee of the CNIL, when exercising its sanctioning powers, must be considered a "tribunal" within the meaning of Article 6§1 of the European Convention on Human Rights and, as a consequence, must comply with the procedural requirements set by the European Convention on Human Rights when imposing sanctions, notably the independence and impartiality requirements.⁴³ The French Supreme Court specified that the requirements of Article 6§1 of the European Convention on Human Rights apply to the sanction

procedure, and not to the preliminary phase of inspections conducted by the staff of the CNIL.⁴⁴

In light of the above, the Restricted Committee, when exercising its sanctioning powers as a "tribunal", must comply with the general principles derived from European law (notably requirements of Article 6§1 of the European Convention on Human Rights), as well as the French constitutional principles applicable to criminal sanctions. In theory, the following rights and principles will act as safeguards to protect the alleged offenders' rights. In practice, many aspects could be improved.

According to a long line of case law of the European Court of Human Rights, legal persons can benefit from the right to a fair trial set forth by Article 6 of the European Convention on Human Rights. It provides, among other things, the right for any person being accused to be informed in a language "which he understands" of the nature of the accusations against it. In a recent case, the European Court of Human Rights considered that a notification of accusations in a foreign language against a person who had only a limited knowledge of this language constituted "a violation of his right to a fair trial".⁴⁵ In addition, the right to a fair trial involves the right for the person "to have adequate time and facilities for the preparation of his defense".⁴⁶ Despite the fact that abovementioned Article 6 applies to sanction proceedings before the Restricted Committee of the CNIL, the current procedural rules do not require a translation or an extension of delay for foreign undertakings or entities to prepare their defence.

Under constitutional principles of proportionality and due process, the alleged offender must be informed with clarity and precision of the exact violations it has been accused of committing. Accusations should not be too general and all-

³⁸ E.g. for the French Securities Exchange Commission: Cour de cassation [Cass.] [French supreme court for judicial matters], no. 97-16440, 5 February 1999.

³⁹ Conseil d'Etat, [French Administrative Supreme Court], no. 207434, 3 December 1999.

⁴⁰ Conseil d'Etat, [French Administrative Supreme Court], nos. 197060 and 197061, 3 December 1999.

⁴¹ Conseil d'Etat [French Administrative Supreme Court], no. 311974, 19 February 2008.

⁴² Conseil constitutionnel [French Constitutional Council], no. 2009-580 DC, 10 June 2009.

⁴³ Conseil d'Etat, [French Administrative Supreme Court], no. 353193, 12 March 2014.

⁴⁴ Conseil d'Etat, [French Administrative Supreme Court], no. 371196, 18 November 2015.

⁴⁵ Vizgirda v. Slovenia, [2018] ECHR 674, 28 August 2018.

⁴⁶ The European Convention on Human Rights art. 6(3)(b).

encompassing to permit the offender to defend itself with regard to precise factual allegations. This would violate both the presumption of innocence and the right to a fair trial. In a case brought before the Court of Justice of the European Communities, the reasons given by the European Commission in its decision sanctioning anticompetitive agreements were too general to enable the appellant to defend the case and challenge the assessment. The Court ruled that:

It is settled case-law that in all proceedings in which sanctions, especially fines or penalty payments, may be imposed, observance of the rights of the defence is a fundamental principle of Community law which must be complied with even if the proceedings in question are administrative proceedings [...]. To that end, Regulation No 17 provides that the parties are to receive a statement of objections which must set forth clearly all the essential facts upon which the Commission is relying at that stage of the procedure. That statement of objections constitutes the procedural safeguard applying the fundamental principle of Community law which requires observance of the rights of defence in all proceedings [...]. That principle requires, in particular, that the statement of objections which the Commission sends to an undertaking on which it envisages imposing a penalty for an infringement of the competition rules contain the essential elements used against it, such as the facts, the characterisation of those facts and the evidence on which the Commission relies, so that the undertaking may submit its arguments effectively in the administrative procedure brought against it.⁴⁷

Hence, the Restricted Committee must observe the rights of defence and the accusations must be specified in sufficient detail to permit an effective defense. As to the amount of the fine, the Report should provide information justifying the amount to ensure a fair opportunity to respond for the alleged offender, and administrative fines should not exceed

what is necessary to effectively sanction the offenders and deter data protection violations.

The French Administrative Supreme Court recently applied the principle of proportionality to a decision of the Restricted Committee of the CNIL, which imposed on an undertaking an administrative fine of €50,000 and the publication of the sanction decision on two websites for an unlimited period of time.⁴⁸ The Court ruled, on the one hand, that the administrative fine was proportionate having taken into account the nature, gravity and duration of the breaches, and, on the other hand, that the complementary sanction (i.e. the unlimited publication) was excessive. The Court thus set a two-year publication period.

In the same decision, the Court applied Article 7 of the European Convention on Human Rights which sets forth the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (no punishment without law). The Court ruled that the Restricted Committee complied with aforementioned Article 7 because Articles 34 and 35 of the former French Data Protection Act precisely defined the obligations of the data controller on the one hand, and that the formal notice issued by the CNIL characterized in a clear and precise way the breaches identified against the offender and the suggested remedies. This decision illustrates the application by the French Administrative Supreme Court of Articles 6 and 7 of the European Convention on Human Rights to the sanction decisions handed down by the Restricted Committee of the CNIL.

Another procedural safeguard is the right to an effective judicial remedy set forth by Article 78 of the GDPR. In this respect, the decision of the Restricted Committee can be appealed before the French Administrative Supreme Court within a 2-month delay (4 months for companies located abroad).

⁴⁷ ECJ, *Papierfabrik August Koehler AG, Bolloré SA, Distribuidora Vizcaína de Papeles SL v Commission of the European Communities*, (Joined Cases C-322/07 P, C-327/07 P

and C-338/07 P), O.J.C 256, 24.10.2009, p. 3–3, 3 September 2009, at 34–36 (references omitted).

⁴⁸ Conseil d'Etat, [French Administrative Supreme Court], no. 396050, 19 June 2017.

Conclusion

The principles of "effective, proportionate and dissuasive" sanctions have been interpreted by the CJEU, and those interpretations will naturally apply to sanctions imposed under the GDPR. The principle of proportionality, in particular, requires that supervisory authorities consider the full range of corrective measures and choose the one that is the least intrusive while still permitting the attainment of the objectives of the GDPR. In many cases, a warning or reprimand will be sufficient.

When a fine is considered necessary, we suggest that the EDPB develop a methodology for calculating the amount of the fine, based on a point system. This approach has been used for competition law sanctions, and increases transparency, consistency and legal certainty of sanctions. A major difficulty in the context of GDPR will be translating the point system into economic units corresponding to fines. Competition law violations can be measured in economic terms. Data protection violations are more difficult to measure economically. Therefore, the competition law approach cannot be transposed as it is to the GDPR. Given the human rights focus of the GDPR, data protection authorities are not accustomed to attributing economic values to data

protection violations. Yet, translating violations into monetary amount is inevitable when setting administrative fines, so supervisory authorities will need to find a common method for doing so, particularly because fines are likely to become larger under the GDPR.

The scoring system we suggest in this article is first based on the number of data subjects affected by the violation. A violation affecting 3 people would have a lower score than a violation affecting 3 million. Various multipliers would then be applied to this initial score, to reflect the seriousness of the violation, the kind of data involved, the purpose of the processing, and the duration of the infringement. Once an adjusted score is obtained, supervisory authorities would then apply the aggravating and mitigating factors listed in Article 83(2) of the GDPR. In appropriate cases, supervisory authorities could decide to modify the point system, or even disregard it entirely, to reflect the particular circumstances of the case. However, without a common scoring system, setting administrative fines will be based on intuitive and subjective factors that will undermine the GDPR's objectives of consistency and predictability.

Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée



EMMANUELLE MIGNON

Conseiller d'Etat en disponibilité,
Avocat associé chez August Debouzy,
Enseignante à Sciences-Po et à l'Université Paris 2
Panthéon Assas

Le Warrant case

En 2013, dans le cadre d'une affaire classique de stupéfiants, l'administration fédérale américaine a demandé à Microsoft de lui communiquer des informations relatives à l'un de ses clients ainsi que le contenu de sa boîte mail. Conformément au *Stored Communications Act* (ci-après le « *SCA* ») adopté à une époque (1986) où Internet était balbutiant et ne concernait pas le grand public, pour soumettre les données échangées de manière électronique à un principe de confidentialité assorti de certaines exceptions parmi lesquelles les besoins des enquêtes pénales, la demande a pris la forme d'un mandat (ci-après un « *SCA warrant* » ou « **mandat de réquisition** ») délivré par une autorité judiciaire fédérale et justifié par des motifs raisonnables de penser que la boîte mail de l'utilisateur servait à des activités criminelles (ci-après une « **probable cause** »). Microsoft avait deux semaines pour communiquer les informations et les données demandées et devait attendre 30 jours avant de prévenir son client. Il se trouve que ce dernier n'était ni un citoyen, ni un résident américain, mais, tout au long du litige, cette circonstance de fait n'a jamais constitué un élément déterminant.

Après avoir communiqué aux autorités américaines les informations relatives au client, qui étaient stockées sur le territoire américain, Microsoft a refusé de leur remettre le contenu de la boîte mail, qui était stocké en Irlande. Jusqu'alors, ce type de réquisitions, qu'il s'agisse de réquisitions portant sur du contenu, des informations relatives à l'utilisateur ou des métadonnées¹, n'avait jamais soulevé de difficultés au motif que les informations étaient stockées à l'étranger. Mais Microsoft, soutenu plus ou moins explicitement par les autres GAFAM², a estimé que le temps était venu de s'interroger sur la portée d'un texte adopté en 1986 et guère actualisé depuis, alors même qu'en trois décennies le stockage de données auprès de prestataires extérieurs, qui était très cher et très rare, a explosé, que les lieux de stockage se sont disséminés dans le monde entier, et qu'une part croissante de clients sont sensibles à la question de savoir où sont stockées leurs données et comment elles sont protégées.

A la suite de ce refus d'exécuter le mandat, plusieurs procédures juridictionnelles se sont enchaînées. En résumé, Microsoft a perdu en première instance, mais la cour d'appel du second circuit de New York lui a donné raison en jugeant qu'un *SCA warrant* ne

¹ Les métadonnées sont les « données sur les données » : nombre, type, taille etc. Par simplification, ce terme vise également souvent les données sur l'utilisateur, mais il s'agit bien de deux types de données différentes.

² Nous entendons par là les grands prestataires américains de services de communication, traitement ou stockage électroniques de données.

peut pas avoir pour effet d'obliger un fournisseur de services de communication, traitement ou stockage électroniques de données³, de communiquer à l'administration américaine des données stockées à l'étranger⁴. Par respect pour la souveraineté des autres pays et en application des principes de protection de la vie privée, une telle demande de communication doit emprunter le circuit de l'entraide judiciaire internationale, c'est-à-dire soit une procédure prévue par un *Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT)*, soit une commission rogatoire internationale.

Disons-le tout de suite pour ne plus y revenir : ces procédures consistent, pour les autorités désireuses de récupérer des données, à s'adresser aux autorités du pays dans lequel elles sont stockées, qui les collectent sous réserve de certaines vérifications (légitimité, légalité, précision de la demande, usage susceptible d'être fait des données ainsi récupérées etc.) dont les considérations politiques et diplomatiques ne sont pas toujours absentes, avant de les transmettre au pays demandeur. La durée (plusieurs mois) et la lourdeur de ces procédures sont totalement inadaptées aux besoins de la lutte contre la criminalité, qui, pour sa part, profite des facilités offertes par les technologies modernes de communication.

Pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel du second circuit de New York s'est prévalue principalement de l'absence de portée extraterritoriale du *SCA* faute de disposition expresse en ce sens, et d'une espèce de théorie du changement des circonstances de fait selon laquelle, aujourd'hui, les clients des prestataires de services électroniques stockent beaucoup plus de données qu'autrefois dans des *clouds*, que la localisation de ceux-ci ne leur est pas indifférente, qu'il est légitime de

³ Le *SCA* et aujourd'hui le *Cloud Act*, qui l'amende, s'applique aux « *electronic communication services* » (c'est-à-dire les fournisseurs de services de communications électroniques tels que les opérateurs de téléphonie ou les fournisseurs d'accès à Internet) et aux « *remote computing services* » (c'est-à-dire les services de traitement électronique de données - logiciels d'élaboration, modification, édition, collecte etc. de données - et les services de stockage électronique de données - les *clouds*). De l'avis même des autorités américaines, ces définitions sont confuses, ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser de difficultés dans la mesure où le régime juridique afférent à ces différents prestataires n'est pas tout à fait le même. On utilisera indifféremment, dans cet article, l'expression « *prestataires de*

leur part de considérer que ces données doivent bénéficier des mêmes protections contre les perquisitions et les saisies que si elles étaient conservées au siège de l'entreprise ou dans leur domicile physique, et de penser que ces conditions sont fixées par le pays dans lequel les données sont stockées ou le pays dans lequel est installé le prestataire auquel elles ont été confiées. La notion de « *legitimate expectation* » fait partie des critères utilisés par la Cour suprême des Etats-Unis pour trouver le bon équilibre entre les outils à la disposition des services de police pour procéder aux investigations criminelles (perquisitions, saisies, écoutes, balises GPS et autres moyens électroniques d'investigations...) et l'interdiction des perquisitions et saisies non justifiées prévue par le Quatrième amendement à la Constitution des Etats-Unis⁵.

Cette décision n'a pas fait jurisprudence, d'autres juridictions ayant continué à émettre et valider des mandats de réquisition portant sur des données stockées à l'étranger ; mais, en l'absence de solution bien établie, les GAFAM se sont mis à résister à de telles demandes en se prévalant du précédent Microsoft.

Le gouvernement des Etats-Unis a porté l'affaire devant la Cour suprême des Etats-Unis, qui a accepté de l'instruire. De nombreux mémoires d'*amicus curiae*⁶ ont été déposés devant la Cour, dont un de la Commission européenne. Mais avant que la Cour ne rende sa décision, le Congrès a adopté, dans le cadre d'un amendement à la loi sur les dépenses 2018 que notre Conseil constitutionnel aurait qualifié de cavalier législatif, le *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, qui, comme son nom l'indique, clarifie le *SCA* et prévoit que le lieu de stockage des données ne peut pas constituer par lui-même un motif

services électroniques » ou « *fournisseurs de services électroniques* » pour couvrir le tout.

⁴ *Microsoft v. United States* 829 F.3d 197 (2d Cir.14 juillet 2016).

⁵ « *Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personne, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive particulièrement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir.* »

⁶ Aux Etats-Unis, un *Amicus curiae* est une intervention volontaire. En France, un *Amicus curiae* est une demande d'avis formulée par la juridiction à une personne ou à une institution dont on pense qu'elle est à même d'éclairer utilement le litige.

d'opposition à la communication de données électroniques réclamées par l'administration américaine, dans le cadre d'une enquête pénale, à un prestataire de services électroniques immatriculé aux Etats-Unis. La loi a été promulguée le 23 mars 2018 et est immédiatement entrée en vigueur. Avec l'accord des deux parties, la Cour suprême a alors constaté que la requête devant la Cour suprême était devenue sans objet (l'administration américaine étant en situation d'émettre un nouveau mandat sur le fondement de la nouvelle loi que Microsoft exécuterait) et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel du second circuit pour qu'elle en tire les conséquences qui convenaient.

Curieusement, les GAFAM, qui avaient soutenu Microsoft dans son combat contre l'administration américaine, se sont plutôt félicités de l'adoption du *Cloud Act*, même Microsoft. En réalité, les acteurs économiques placent l'incertitude juridique au sommet de leurs détestations et s'il est un point sur lequel tout le monde était à peu près d'accord, y compris les juges de la cour d'appel du second circuit de New York, c'était que la meilleure solution ne pouvait venir que du législateur.

Les arguments en présence

Les arguments échangés par les parties tout au long du *Warrant case* aident à comprendre la portée du *Cloud Act*, qui comporte beaucoup plus de dispositions que la seule consistant à rendre inopérante la question de la localisation des données. Ils étaient, comme souvent, d'ordre juridique et politique.

Pour s'opposer à la communication de données stockées à l'étranger, Microsoft soutenait que :

- un *cloud* est une armoire virtuelle qu'il n'y a aucune raison de traiter différemment d'une armoire physique. Cette dernière ne pouvant être forcée sans l'accord et l'aide des autorités du pays dans lequel elle se situe, il

doit en être de même pour l'armoire virtuelle, sauf à méconnaître la souveraineté de ce pays ;

- en droit américain, les lois ne peuvent pas avoir de portée extraterritoriale si cela n'est pas explicitement mentionné. Le *SCA* ne comporte aucune disposition explicite lui donnant une portée extraterritoriale et cela ne ressort pas davantage des travaux parlementaires préalables à la loi. En 1986, la question ne se posait d'ailleurs pas ;

- l'exécution du mandat de réquisition place ou risque de placer le fournisseur des services électroniques dans une situation de conflit de lois. A l'époque, le droit irlandais et la législation européenne relative à la protection des données personnelles interdisaient le transfert de données personnelles conservées en Irlande aux autorités américaines (rappelons que, contrairement à ce qui est souvent écrit, le mécanisme prévu par les accords du *Privacy shield*, antérieurs à l'entrée en vigueur du RGPD⁷, ne couvre que des transferts de données personnelles vers des sociétés américaines qui se sont auto-certifiées comme adhérant sans réserve aux principes contenus dans cet accord, et non vers des entités gouvernementales), à moins de recourir une procédure de coopération judiciaire internationale. Il en est de même aujourd'hui avec le RGPD (cf. infra). La demande de réquisition place donc le prestataire de services dans la situation insoluble de devoir méconnaître soit la loi irlandaise pour satisfaire à la demande américaine, soit la loi américaine pour se conformer à ses obligations irlandaises ;

- les autorités américaines sont d'autant mieux à même de comprendre cet enjeu que la loi américaine interdit, en dehors des procédures de coopération judiciaire internationale, tout transfert à l'étranger de données localisées aux Etats-Unis, qu'il s'agisse de données concernant une *US Person*⁸ ou non, ou même de données n'ayant aucun rapport autre avec

⁷ *US Supreme Court* 17 April 2018 *United States v. Microsoft corporation* n°17-2.

⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁹ Une *US Person* est un citoyen des Etats-Unis, une personne admise à la résidence permanente, une association non enregistrée dont un nombre important de membres sont des citoyens américains ou des personnes admises à la résidence permanente, et toute société immatriculée aux Etats-Unis.

les Etats-Unis d'Amérique que le fait d'y être stockées ;

- les GAFAM ont fait de la localisation des données un argument commercial auprès de leurs clients étrangers, qui perd de son intérêt si les autorités américaines peuvent avoir accès aux données par le biais de mandats délivrés aux sociétés mères immatriculées aux Etats-Unis. L'exigence du gouvernement américain que lui soient communiquées toutes données conservées à l'étranger dès lors qu'elles sont sous le contrôle d'un GAFAM, affaiblit la position concurrentielle des fournisseurs américains de services électroniques, notamment en Europe ;

- la possibilité, pour les autorités américaines, d'obtenir, par le biais de simples réquisitions adressées aux sociétés mères immatriculées aux Etats-Unis, des données localisées ailleurs dans le monde risque de conduire les pays concernés à adopter des « lois de localisation des données »¹⁰, aboutissant à l'objectif contraire à celui recherché par les autorités américaines, c'est-à-dire le cloisonnement des données sur leur lieu de stockage et l'obligation de passer systématiquement par la coopération judiciaire internationale pour les obtenir. Les objectifs poursuivis par les autorités américaines sont légitimes, mais seul un accord international permettant de doter tous les Etats démocratiques de moyens d'investigation adaptés à l'évolution de la criminalité, sur une base réciproque et dans le respect de la protection de la vie privée, permettrait de les atteindre.

De son côté, l'administration américaine relevait en substance que :

- le mandat de réquisition critiqué par Microsoft ne présente aucun caractère extraterritorial : il est émis sur le territoire américain, par une juridiction américaine, à l'intention d'une société américaine, pour être exécuté sur le territoire américain dans le cadre d'une affaire criminelle qui concerne les Etats-Unis. La situation n'a rien à voir avec celle qui consiste, par exemple, à sanctionner des entreprises européennes à raison des liens d'affaires qu'elles

entretiennent avec l'Iran en les empêchant de faire des affaires aux Etats-Unis ;

- à supposer que l'exécution du mandat puisse présenter un caractère extraterritorial du seul fait que les données ne soient pas stockées aux Etats-Unis, il suffit que Microsoft société mère fasse un clic pour rapatrier aux Etats-Unis les données litigieuses, faisant perdre tout caractère extraterritorial au mandat litigieux ;

- la répartition du stockage des données à travers le monde est en partie aléatoire, dépendant plus de contraintes techniques que de la résidence des utilisateurs. Les données d'un même utilisateur sont parfois réparties dans des *data centers* de pays différents. Les déplacements de données d'un *data center* à un autre sont fréquents et parfois automatiques. A supposer que la localisation des données dépende de la résidence de l'abonné, ce que soutenait Microsoft, cette dernière est déclarée par l'abonné et ne fait l'objet d'aucune vérification. L'efficacité de la lutte contre la criminalité ne peut pas dépendre de mécanismes aléatoires de répartition des données, encore moins de la liberté des abonnés de déclarer n'importe quelle résidence pour bénéficier de telle ou telle localisation ;

- un *SCA warrant* est un instrument hybride, à mi-chemin entre le *search warrant* (mandat de perquisition) et la *subpoena* : avec le *search warrant*, il partage la contrainte juridique de devoir être délivré par un juge indépendant sur le fondement d'une *probable cause* ; avec la *subpoena*, il partage l'absence de contrainte physique, de perquisition réelle, les documents demandés étant remis de manière volontaire par celui qui les détient (sous la menace toutefois d'une sanction pour *contempt of court* s'il ne le fait pas). En l'absence de perquisition physique, le *SCA* n'a pas à préciser sa portée territoriale potentielle, seule compte la question de savoir si la personne à laquelle les données sont demandées les a sous son contrôle ;

- s'il devait être suivi, le raisonnement de Microsoft aurait pour effet d'interdire à un GAFAM, non seulement de communiquer à l'administration américaine des données stockées à l'étranger

¹⁰ *Data localization policies.*

appartenant à des sociétés ou à des ressortissants étrangers, mais également des données stockées à l'étranger, mais concernant une situation purement américaine : territoire américain, victime américaine, suspect américain, ce qui correspondrait, selon l'administration américaine, à la situation la plus fréquente. Les autorités des Etats-Unis ne peuvent envisager de devoir passer par un *MLAT* pour récupérer en Irlande les photos de victimes américaines d'un pédophile américain, vivant aux Etats-Unis, qui les regarde sur son ordinateur dans l'Arkansas. Lors d'une audition devant le Sénat, un représentant de l'administration américaine s'est attaché à donner aux sénateurs des exemples d'enquêtes pénales¹¹, sans aucun élément d'extranéité avec les Etats-Unis, enlisées depuis l'intervention de la décision de la cour d'appel du second circuit de New York¹² ;

- les risques de conflit de lois invoqués par Microsoft sont en réalité très rares. Les conséquences de la décision de la cour d'appel du second circuit sont disproportionnées par rapport à la réalité du risque de conflit de lois ;

- l'administration américaine soutenait enfin que la position de Microsoft était très défavorable aux Etats étrangers eux-mêmes. Concrètement, elle empêchait également des autorités étrangères de récupérer auprès des GAFAM, avec l'aide des autorités américaines dans le cadre de la coopération judiciaire internationale, des données contrôlées par ces GAFAM, mais stockées dans un pays tiers. L'argument était toutefois en partie de mauvaise foi car si la France, par exemple, veut récupérer des données stockées par un GAFAM à Rio de Janeiro, elle peut aussi s'adresser aux autorités brésiliennes.

Le Cloud Act

C'est à l'ensemble de ces difficultés que l'administration américaine a voulu répondre au travers du *Cloud Act*.

Loin de se contenter d'une solution basique qui aurait consisté à invalider par la loi la solution de la

cour d'appel du second circuit, elle a voulu aller plus loin en proposant des solutions à ses entreprises (les GAFAM) en cas de conflits de loi et en offrant à ses partenaires un cadre pour une coopération policière internationale plus efficace, dont elle espère en retour l'absence de lois de localisation des données, qui nuirait à l'objectif recherché d'accès facilité aux données et risquerait de placer ses entreprises dans une situation concurrentielle défavorable. Cette pluralité d'objectifs rend le dispositif assez complexe.

La valse est en quatre temps :

1/ tout prestataire de services électroniques immatriculé aux Etats-Unis doit communiquer à l'administration américaine les données de communication (contenu et métadonnées) qui lui sont réclamées par un *SCA warrant* quel que soit le lieu de stockage de ces données dès lors qu'il en est propriétaire, qu'il les a sous sa garde ou qu'il les contrôle¹³. Concrètement, les GAFAM, qui sont des sociétés immatriculées aux Etats-Unis, doivent communiquer toute donnée de communication stockée aux Etats-Unis ou à l'étranger qui leur est demandée par les autorités américaines, quand bien même la donnée appartient à une entreprise ou à un ressortissant étranger et a été confié à une filiale de ce GAFAM immatriculée à l'étranger. Comme les GAFAM contrôlent l'essentiel du *cloud* mondial, les détracteurs du *Cloud Act* considèrent que les Etats-Unis se sont en réalité ménagé un accès à l'ensemble des données mondiales ;

2/ si le *SCA warrant* place le prestataire de services électroniques en situation de conflit de lois parce que les données sont situées à l'étranger et que la loi du pays étranger concerné s'oppose à la communication des données, il appartient au tribunal saisi de faire application, le cas échéant, des *common law principles of comity*, c'est-à-dire d'appliquer le principe de courtoisie internationale reconnu par les juridictions américaines. Selon ce principe, il est possible de renoncer à appliquer ou d'appliquer de

¹¹ Statement of Brad Wiegmann, Deputy assistant attorney general, Department of justice, before the Subcommittee on crime and terrorism committee on the judiciary United States Senate, 24 mai 2017.

¹² "While the most obvious impact of the Microsoft decision may be to frustrate investigations of foreign nationals targeting

U.S. victims, these examples make clear that the Microsoft decision also thwarts or delays investigations even where the victim, the offender and the account holder are all within the United States" (in statement précité).

¹³ *Possession, custody or control.*

manière nuancée la législation américaine pour tenir compte des intérêts importants d'un autre pays.

L'objectif poursuivi par cette référence expresse aux *common law principles of comity* est de dissuader les pays partenaires des Etats-Unis d'adopter des lois de localisation des données, par exemple des lois obligeant les prestataires de services électroniques de ces pays à immatriculer leur société mère en dehors des Etats-Unis afin de les soustraire au *Cloud Act* (hypothèse peu probable, sauf à se priver des services des GAFAM) ou des lois obligeant certaines sociétés à ne confier leurs données sensibles qu'à des *clouds* souverains n'ayant aucun lien avec les Etats-Unis. Il suffit que les Etats concernés, loin de prendre des dispositions anti-GAFAM, adoptent les lois qui leur semblent nécessaires pour protéger les données confiées aux GAFAM contre les effets excessifs du *Cloud Act* par application du principe de courtoisie internationale.

Si l'inscription de ce principe dans le *SCA* semble être un progrès dans la mesure où certains auteurs doutaient de son applicabilité à cette législation, la loi ne précise pas les contours de ce principe. Par ailleurs, dans la pratique jurisprudentielle américaine, il est assez rare que les juridictions des Etats-Unis acceptent de reconnaître l'existence de conflits entre les lois américaines et les lois européennes, souvent considérées comme peu contraignantes (cf. infra). Au surplus, le recours susceptible d'être exercé par le prestataire requis pour faire valoir les *common law principles of comity*, n'est pas un recours par voie d'action contre le *SCA warrant*, mais un recours par voie d'exception dans le cadre de la procédure pour *contempt of court* qui suivra le refus d'exécuter le *warrant*. La prise de risque de la part du prestataire est donc relativement conséquente ;

3/ les gouvernements étrangers qui le souhaitent peuvent signer avec les Etats-Unis un accord bilatéral permettant aux autorités respectives de chaque pays de demander directement aux fournisseurs de services électroniques relevant de la juridiction de l'autre pays, la livraison des données de communication les intéressant, sans avoir à passer un MLAT ou une commission rogatoire internationale.

Concrètement, si la France signait un tel accord avec les Etats-Unis, les autorités françaises pourraient demander directement aux sociétés mères des GAFAM immatriculées aux Etats-Unis, sans avoir à passer par le département américain de la justice, la communication des données placées sous leur contrôle et intéressant les enquêtes françaises, à l'exception toutefois des données concernant des *US Persons*. Le droit américain ne s'opposerait plus à la transmission des données recherchées, comme c'est le cas actuellement si la France demande à Microsoft France de lui communiquer des données concernant un Français, mais stockées aux Etats-Unis ; réciproquement, les autorités américaines pourraient s'adresser directement à Orange en France pour obtenir de ce fournisseur de services électroniques la divulgation de données de communication placées sous son contrôle, sans avoir à passer par les autorités françaises. Le texte ne le dit pas expressément, mais la logique de réciprocité voudrait naturellement que de telles demandes formulées par les autorités américaines ne puissent pas concerner des données concernant des ressortissants ou des entreprises françaises, ni, par application du principe de non-discrimination, des données concernant des ressortissants ou des entreprises de l'Union européenne. Comme on le verra par la suite, une telle restriction n'a pas une importance décisive pour les Etats-Unis puisqu'une partie importante des données appartenant aux Européens sont confiées aux GAFAM et que l'administration américaine y a donc accès directement en vertu du seul *Cloud Act*. De même, le *Cloud Act* précise expressément que les demandes de communication susceptibles d'être formulées dans le cadre de ces accords bilatéraux ne peuvent viser que les infractions les plus graves (« *serious crime* »).

Ces accords internationaux prennent la forme d'*executive agreements*, c'est-à-dire des accords qui ne supposent ni l'accord du Sénat à la majorité des deux tiers, ni l'adoption d'une loi par les deux chambres du Congrès. Pour entrer en vigueur, il suffit que les deux chambres ne s'y opposent pas par une résolution conjointe dans les 90 jours de leur signature. En contrepartie, de tels accords ne peuvent être signés qu'avec des pays respectueux des droits fondamentaux et des principaux standards démocratiques.

En réalité, le *Cloud Act* organise à l'échelle mondiale ce que le projet de règlement *e-evidence* essaie d'organiser à l'échelle européenne : la possibilité pour les autorités de poursuite de chaque pays d'obtenir la divulgation des données de communication intéressant leurs investigations criminelles en s'adressant directement aux prestataires de services électroniques traitant ou conservant ces données plutôt qu'en passant par le cadre classique de la coopération judiciaire internationale. L'objectif affiché est de rapprocher le temps de l'investigation criminelle de celui de la criminalité.

C'est cette possibilité de signer des accords internationaux en forme simplifiée qui a fait hurler les associations américaines de défense des droits de l'homme. Certes, les *US Persons*, en particulier les ressortissants américains, n'ont rien à craindre de ces *executive agreements* qui ne peuvent en aucun cas concerner des données appartenant à des *US Persons*. En revanche, en cas d'*executive agreement* avec, par exemple, la Chine, ce pays aura la possibilité de récupérer auprès des GAFAM, sans contrôle de l'administration américaine, des données concernant le cas échéant des opposants au régime chinois. Pour que cela soit possible, il faudrait certes que la Chine satisfasse les standards de protection des droits de l'homme prévus par le texte pour que l'administration américaine soit autorisée à signer de tels *executive agreements*. Mais ce que les associations de protection des droits de l'homme critiquent, c'est la possibilité pour l'administration américaine d'apprécier ces standards dans des conditions dégradées de contrôle du Congrès ;

4/ enfin, pour inciter les pays étrangers à signer des *executive agreements*, le *Cloud Act* prévoit qu'un prestataire de services électroniques requis de communiquer des données stockées dans un pays lié par un tel accord peut, en cas de conflit de lois, demander à en être exempté dans le cadre d'une procédure spéciale rapide et directe (plus sécurisante qu'une opposition dans le cadre d'une procédure pour *contempt of court*)

¹⁴ Il n'existe à ce jour aucun *executive agreement* liant les Etats-Unis à un autre pays du monde sur le fondement du *Cloud Act*. L'accord le plus avancé est celui qui devrait être signé avec la

La loi précise de manière détaillée les critères que la cour, saisie du litige, doit prendre en compte pour apprécier s'il y a lieu d'annuler ou modifier la réquisition : caractère sérieux du risque de sanction auquel est exposé le prestataire ; intérêt des Etats-Unis à obtenir la communication des informations litigieuses ; intérêt du gouvernement étranger à empêcher leur communication ; localisation et nationalité du client, nature de ses liens avec les Etats-Unis ; nature des liens du prestataire avec les Etats-Unis ; importance des investigations déjà menées et des informations dont la communication est demandée pour ces investigations ; possibilités d'obtenir de manière tout aussi acceptable les informations demandées par des moyens présentant moins de conséquences négatives.

Cette procédure d'opposition, dénommée « *comity analysis* » (ou analyse de courtoisie), n'est pas applicable lorsque les données dont la communication est demandée concerne une *US Person*. Cela est assez logique : comme cela a été précisé supra, le premier objectif du *Cloud Act* est de permettre à l'administration américaine de récupérer les données relatives à des investigations criminelles ne présentant aucun élément d'extranéité avec le territoire américain, à l'exception du lieu de stockage des données. Même dans le cadre des *executive agreements*, il serait incohérent de rouvrir une procédure d'opposition à la livraison de ces données sur le fondement de lois étrangères, lorsque les données recherchées concernent des *US persons*.

En l'absence pour l'instant de toute jurisprudence¹⁴, il n'est pas très facile de comprendre exactement les différences entre la procédure de droit commun (*common law principles of comity*) et la procédure spéciale (*comity analysis*) ouverte aux seules demandes de communication de données stockées dans des Etats ayant signé un *executive agreement*. Dans la mesure où l'intention du gouvernement américain est d'inciter ses partenaires à signer des *executive agreements*, on peut penser que le fait d'avoir précisé de manière détaillée les critères d'appréciation de la procédure de *comity analysis*

Grande-Bretagne, mais on peut penser que ce pays a d'autres préoccupations en ce moment.

devrait rendre celle-ci plus efficace et plus opérationnelle.

Quelques inconnues

Comme tout texte législatif, le *Cloud Act* comporte un certain nombre d'inconnues d'inégale importance. Nous en évoquerons deux.

En premier lieu, le *Cloud Act* ne permet pas de déterminer avec certitude si l'Union européenne pourrait se substituer aux Etats membres pour signer avec les Etats-Unis un *executive agreement*.

En second lieu, la question de savoir jusqu'à quel point la filiale américaine d'un prestataire de services immatriculé dans un autre pays que les Etats-Unis (par exemple la filiale américaine d'Orange) est soumise au *Cloud Act* est controversée.

La loi s'applique aux sociétés immatriculées aux Etats-Unis, ce qui est le cas de la filiale américaine d'Orange. Il est donc bien évident que cette filiale est soumise au *Cloud Act* et qu'elle doit communiquer à l'administration américaine les données placées sous son contrôle quel que soit leur lieu de stockage. On peut supposer qu'il s'agit principalement de données qui lui ont été confiées par des *US Persons*.

La loi s'applique aussi aux données confiées aux filiales étrangères de sociétés immatriculées aux Etats-Unis, soit parce que l'administration américaine considère que ces données sont en pratique contrôlées par les sociétés mères, soit parce que, en tout état de cause, le *Cloud Act* s'applique à toute société placée sous la juridiction des Etats-Unis, ce qui vise, en droit américain, les sociétés immatriculées aux Etats-Unis et leurs filiales, même immatriculées à l'étranger.

En revanche, le *Cloud Act* ne tranche pas la question de savoir si la filiale immatriculée aux Etats-Unis d'une société mère immatriculée en France pourrait être considérée comme ayant le contrôle des données confiées à sa société mère ou à ses sociétés sœurs, et stockées à l'étranger.

Une réponse positive à cette question aurait évidemment des conséquences significatives :

- elle donnerait à l'administration américaine un accès quasi illimité à toutes les données mondiales, y compris cette fois, à l'opposé des considérations qui ont justifié l'adoption du *Cloud Act*, à des données n'ayant aucun lien avec les Etats-Unis (par exemple les données d'une société française confiées à Orange en France et stockées en France), sauf celui de se rattacher à un fait délictueux concernant les Etats-Unis. Or les procédures de MLAT sont faites pour cela et, si le *Cloud Act* poursuit l'objectif de permettre, dans certains cas, à l'administration américaine de s'émanciper de ces procédures trop lentes et trop lourdes, il n'est pas non plus question de s'en dispenser complètement ;

- elle rendrait inutile toute politique tendant à la constitution de *clouds* souverains protégés des ingérences des autorités américaines, sauf à confier ces *clouds* à des nains de l'informatique n'ayant aucune activité aux Etats-Unis ;

- elle risquerait de placer les prestataires de services dans des situations récurrentes de conflit de lois tant il est probable que les Etats concernés, ne pouvant se protéger par des *clouds* souverains, risqueraient, en contrepartie, de multiplier les lois interdisant le transfert de données stockées sur leur territoire.

Pour notre part, nous avons du mal juridiquement à penser que la filiale immatriculée aux Etats-Unis d'un fournisseur de services électroniques immatriculé à l'étranger puisse être regardée comme ayant le contrôle des données confiées à sa société mère ou à ses sociétés sœurs. Force est toutefois de constater que la question est controversée et qu'en droit américain, l'existence d'un contrôle peut résulter de circonstances plus diverses que la simple détention du capital.

Petit exercice de démythification

A y regarder d'un peu plus près, on peut se demander si le *Cloud Act* mérite toute la littérature critique dont il a fait l'objet :

- sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus s'agissant des filiales américaines de sociétés immatriculées en dehors des Etats-Unis, le *Cloud Act* n'est pas réellement une loi extraterritoriale : il s'applique à toute société immatriculée aux Etats-Unis ainsi qu'à

ses filiales, même immatriculées à l'étranger. C'est une conception extensive de la portée territoriale des lois, une « *législation teintée d'extraterritorialité* » pour reprendre l'expression de Régis Bismuth¹⁵, mais ce n'est pas de l'extraterritorialité *stricto sensu* ;

- la loi donne aux autorités américaines des outils d'investigation criminelle adaptés aux facilités offertes à la criminalité par l'âge digital. Conformément à l'argument, que nous ne partageons pas, selon lequel ceux qui n'ont rien à se reprocher n'ont rien à craindre des écoutes, des fichiers, de leur croisement, et de toutes les formes d'intrusion dans la vie privée que permet la civilisation du *big data*, le *Cloud Act* protège les honnêtes gens contre les méchants bandits. Qui peut s'en plaindre ? Il s'offre même le luxe de faciliter les investigations criminelles des autorités étrangères ;

- enfin, le *Cloud Act* ne change rien aux garanties du *SCA*. Sur le fondement du *Cloud Act*, les autorités américaines ne peuvent requérir la communication de données électroniques de la part de fournisseurs de services électroniques que dans le cadre de procédures judiciaires et si elles disposent en ce sens d'un *warrant* ou d'un *court order*, c'est-à-dire d'un titre délivré par une juridiction indépendante et placé sous la protection du Quatrième amendement (présomption sérieuse que la personne concernée a commis ou est sur le point de commettre une infraction pénale et que les lieux, objets ou informations visés par le mandat sont utiles à l'enquête)¹⁶. Bien sûr, en Europe, on a vite fait de penser que le *Cloud Act* va permettre à l'administration américaine de mettre la main sur les données stratégiques de nos entreprises, afin de piller nos savoir-faire ou mettre nos dirigeants sous les verrous. Mais on joue un peu à se faire peur. Le *Cloud Act* est fait pour se procurer les données de communication de personnes ou d'entreprises que l'on soupçonne d'avoir commis des délits ou des crimes. Ce n'est en principe pas le cas de la majorité de nos entreprises.

¹⁵ Régis Bismuth, *Every cloud has a silver lining : une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du Cloud Act*, La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°40 Octobre 2018.

¹⁶ La possibilité, prévue par le *SCA*, d'obtenir la communication de données de contenu par le biais d'*administrative, grand jury* ou *trial subpoenas*, a été censurée par un arrêt du 14 décembre

Mais alors où est le problème ?

Le problème fondamental vient du déséquilibre irréductible entre les droits conférés à l'administration américaine par le *Cloud Act* et les droits susceptibles d'être conférés par les *executive agreements* à des pays étrangers désireux de bénéficier eux aussi d'un accès facilité aux données transmises, traitées ou conservées par les GAFAM.

En cas d'*executive agreement*, les autorités des autres pays, notamment les pays européens, auront un accès facilité (c'est-à-dire sans avoir besoin de passer par la coopération judiciaire internationale) aux données détenues par les GAFAM concernant des *non US Persons*, tandis que les Etats-Unis auront un accès facilité aux données détenues par les fournisseurs des autres pays, à l'exception, en principe, des données concernant les ressortissants et les entreprises de ces autres pays. C'est l'application du principe élémentaire de réciprocité.

Mais la position dominante des GAFAM sur le *cloud* mondial fait que, avec ou sans *executive agreement*, les Etats-Unis ont désormais un accès facilité, sous réserve bien sûr des précautions légales mentionnées ci-dessus, à toutes les données contrôlées par ces entreprises, qu'il s'agisse de données concernant des *US persons* ou non. Ce déséquilibre irréductible est aggravé par le fait que les données qui peuvent être réclamées sur le fondement d'un *executive agreement* ne peuvent concerner que des infractions graves, alors que le *Cloud Act* permet à l'administration américaine de s'intéresser à toutes les sortes d'incriminations, sans condition de gravité.

L'Union européenne ou la France ne devrait en principe accepter de signer un *executive agreement* avec les Etats-Unis sur le fondement du *Cloud Act* que dans un cadre réellement réciproque. Cela supposerait au minimum que les Etats-Unis renoncent au bénéfice du *Cloud Act* pour les données des entreprises et des ressortissants européens. C'est

2010 de la cour d'appel du sixième circuit de Cincinnati (*United States v. Warshak*) au motif que de telles demandes n'étaient pas placées sous la protection du Quatrième amendement. Cet arrêt fait jurisprudence.

sans doute techniquement possible, mais, en l'état, diplomatiquement peu probable.

Les faiblesses de l'Union européenne

Le *Cloud Act* révèle en fait les faiblesses de l'Union européenne :

- première faiblesse : l'absence de *clouds* souverains européens. Cela fait pourtant 15 ans que la question est sur la table, 15 ans de tergiversations, de procrastinations, de manque d'ambitions, d'absence de décisions. L'Union européenne est censée permettre à chaque Etat membre d'être plus fort à 27 que tout seul, mais voilà encore un secteur dans lequel son action a été inexistante. La France n'est pas en reste : elle a essayé de favoriser l'émergence de *clouds* souverains français. Faute d'impulsion, de moyens, de continuité dans l'effort, de patriotisme économique et plus grave encore de conviction, il n'en est pas sorti grand-chose ; pendant ce temps-là, les *clouds* des GAFAM ont pris le marché ;

- deuxième faiblesse : l'absence de lois pertinentes et efficaces qui permettraient aux GAFAM, dans le cadre de l'une ou l'autre des procédures décrites ci-avant, de s'opposer à la livraison aux autorités américaines de données stratégiques européennes, à l'exception tout à fait notable du RGPD.

S'agissant de la loi de blocage française¹⁷, qui interdit, sous certaines conditions, la communication à l'étranger de certaines informations économiques sensibles, elle compte pour quantité négligeable devant les juridictions américaines dans la mesure où les faits qu'elle prohibe ne sont jamais poursuivis. Dans une décision du 15 juin 1987 (*Société nationale industrielle aérospatiale v. US District Court* n°85-1695), la Cour suprême des Etats-Unis a ainsi refusé de prendre en considération cette loi pour dégager une entreprise française de ses obligations au regard du droit américain, excipant du

fait que les sociétés françaises qui communiquent des informations en méconnaissance des dispositions de la loi de blocage ne sont, dans les faits, pas sanctionnées¹⁸.

En soixante ans d'existence, l'Union européenne n'a jamais trouvé les moyens de protéger les données de ses entreprises en se dotant d'un dispositif comparable, mais efficace. Dans la même veine, plusieurs pays, dont la France, n'ont toujours pas pris les dispositions d'application du règlement européen de blocage n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 *portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant*, censé dissuader les entreprises européennes de se plier aux injonctions des embargos américains. Ou bien ces lois sont utiles, et il faut les appliquer. Ou bien elles ne le sont pas, et il faut les supprimer. Rien n'est pire pour notre crédibilité que leur existence inerte.

De même, l'Union européenne s'est dotée récemment d'un dispositif visant à protéger le secret des affaires¹⁹. Désormais, en application de ce texte, qui a été transposé en droit interne, la communication aux autorités américaines de données couvertes par le secret des affaires, en dehors de tout accord international, c'est-à-dire sur le seul fondement d'une demande unilatérale formulée par l'administration américaine auprès d'un GAFAM en application du *Cloud Act*, est en principe interdite lorsque le GAFAM s'est engagé auprès de l'entreprise qui lui a confié ses données à en préserver la confidentialité. La sanction encourue étant seulement d'ordre civil, il n'est toutefois pas acquis que les juridictions américaines, dans le cadre de l'application des *common law principles of comity* ou de la procédure de *comity analysis*, considèrent que le manquement aux règles européennes protégeant le secret des affaires soit suffisamment grave pour placer

¹⁷ Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 *relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*.

¹⁸ Depuis l'intervention de cette décision, au moins une sanction pénale sur le fondement de la loi de blocage a été prononcée par une juridiction française et confirmée par la Cour de cassation (Cass. crim 12 décembre 2007 pourvoi n°07-83.228 *Christopher X*), conduisant à une légère atténuation de la position des

juridictions américaines (*Court of Chancery* de l'Etat du Delaware 21 février 2014 *Activision Blizzard Inc. Stockholder litigation* Cons. C.A. n°8885-VLC). La portée exacte de cette inflexion demeure toutefois très incertaine.

¹⁹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*.

les GAFAM dans une situation de conflit de lois de nature à les dispenser de leurs obligations au regard du *Cloud Act*.

Seul le RGPD en réalité est susceptible de placer dans une situation de conflit de lois un GAFAM requis par les autorités américaines de communiquer des données personnelles stockées en Europe.

Les articles 44 et suivants de ce texte règlementent les conditions dans lesquelles des données à caractère personnel peuvent être transférées vers des pays tiers ou à des organisations internationales.

S'agissant de transferts vers des autorités étatiques, ceux-ci ne sont possibles que :

- lorsqu'ils sont fondés sur une décision d'adéquation : c'est-à-dire lorsque la Commission a constaté par voie de décision que le pays tiers en question assure un niveau adéquat de protection des données à caractère personnel (article 45 du RGPD). Or, comme indiqué supra, aucune décision d'adéquation générale n'a été adoptée par la Commission pour les transferts de données vers des autorités publiques américaines ; ou

- lorsque ces transferts s'accompagnent de garanties appropriées et que les personnes dont les données sont en cause disposent de droits opposables et de voies de droit effectives pour faire respecter leurs droits (article 46 du RGPD). En l'absence d'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique, ces garanties n'existent pas ; ou encore

- dans une série de cas particuliers (article 49 du RGPD) dont aucun n'est applicable aux transferts de données personnelles vers les autorités américaines sur le fondement du *Cloud Act*, contrairement à ce qu'a indiqué la Commission européenne dans son *Amicus curiae* précité devant la Cour suprême. En particulier, l'exception de l'article 49 paragraphe 1 point d) du règlement (« *transfert nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public* ») ne vise que les intérêts publics d'un Etat membre de l'Union ou

²⁰ Toute autre interprétation de l'article 49 1 d) serait d'ailleurs incompatible avec l'article 48 du règlement qui dispose que « *Toute décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant qu'il transfère ou divulgue des données à caractère personnel ne peut être reconnue ou rendue*

de l'Union elle-même comme l'a indiqué le Comité européen de la protection des données dans ses *Guidelines 2/2018 on derogations of Article 49 under Regulation 2016/679* publiées le 25 mai 2018, et non les intérêts publics partagés par tous les Etats²⁰.

Ainsi, le transfert de données à caractère personnel aux autorités américaines qui serait opéré par un GAFAM en application d'une demande fondée sur le seul *Cloud Act* et non sur un accord international de type MLAT, ou sur la mise en œuvre d'une commission rogatoire internationale, ou sur celle d'un *executive agreement* négocié avec les Etats-Unis, ne serait pas conforme au RGPD. Or une telle violation des règles du RGPD peut faire l'objet d'une amende administrative pouvant s'élever à 20 000 000 d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. Compte tenu de l'importance de ces sanctions, il peut être espéré que les juridictions américaines estimeront que le principe de courtoisie internationale s'oppose à ce que, pour respecter ses obligations au titre du *Cloud Act*, une société soit conduite à méconnaître le RGPD.

Cela étant, comme on le sait, le RGPD ne s'applique qu'aux données relatives aux personnes physiques, et pas à celles des entreprises ;

- troisième faiblesse : la mauvaise compréhension des sujets. Un responsable européen sur deux ne comprend pas le déséquilibre inhérent au *Cloud Act*, entre les données auxquelles les autorités américaines peuvent avoir accès en application du *Cloud Act* et les données auxquelles les autorités européennes pourraient avoir accès en cas de signature d'un *executive agreement*. Cette mauvaise compréhension trouve son illustration la plus emblématique dans l'utilisation répétée des termes « *cloud act européen* » pour désigner le projet de règlement e-evidence. Mais les deux textes n'ont rien à voir, quand bien même ils poursuivent le même objectif. Le premier permet unilatéralement à un pays de se procurer les données nécessaires à ses

exécutoire de quelque manière que ce soit qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union ou un Etat membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre ».

investigations criminelles grâce à la domination économique de ses entreprises sur le marché mondial de la circulation des données. Le second est un accord négocié entre autorités de différents pays pour accéder, sur une base égalitaire et réciproque, aux données nécessaires aux investigations criminelles. Pour paraphraser Camus, « *mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du droit* » ;

- quatrième faiblesse : la lenteur du processus décisionnel européen et l'incapacité de l'Union à définir des positions communes fortes. Qui a compris la position des autorités européennes sur le *Warrant case* ? La Commission européenne a adressé à la Cour suprême un *Amicus curiae* dépourvu de toute perspective stratégique et qui se contente de donner du RGPD une interprétation manifestement contraire au texte et en tout cas rapidement démentie par Comité européen de la protection des données (cf. supra). Et qui a compris la position de la Commission européenne et des Etats-membres sur le *Cloud Act* ? Sont-ils pour ? Sont-ils contre ? Ont-ils l'intention de négocier un *executive agreement* avec les Etats-Unis ? Si oui tous ensemble ou de manière séparée ? Et quel sera le contenu de la négociation ? Sur tous ces points, presque un an après l'adoption du *Cloud Act*, il n'existe aucune position.

Cette indécision est regrettable car elle empêche l'Union de tirer les conséquences du *Cloud Act*.

Ou bien l'Union parvient à négocier avec les Etats-Unis un accord par lequel les autorités de chaque pays auraient accès de manière fluide aux données nécessaires à la lutte contre la criminalité, sans considération pour leur lieu de stockage et sans discrimination selon la nationalité des personnes ou des entreprises concernées ;

Ou bien elle doit prendre les dispositions nécessaires pour rendre efficace le principe de courtoisie internationale devant les juridictions américaines. En particulier, il conviendrait qu'elle se dote d'une réglementation faisant interdiction, sous peine de lourdes sanctions, à toute personne, ou société immatriculée sur le territoire de l'Union européenne, ou y ayant un établissement, de communiquer, en dehors de tout accord international, à des personnes privées ou à des autorités étrangères, des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique intéressant les entreprises européennes. L'Europe l'a fait pour les données personnelles, y compris donc potentiellement celles de dangereux criminels. On ne voit pas pourquoi elle ne le ferait pas pour ses entreprises.

La compliance environnementale



JEAN-NICOLAS CLEMENT

Avocat associé, Gide Loyrette Nouel

Président du Club des avocats environnementalistes

La *compliance* est désormais reconnue comme une préoccupation stratégique pour les entreprises, et ce quel que soit secteur dans lequel elles exercent leur activité. A l'origine cantonnée aux activités du secteur bancaire et financier (l'origine de la notion de *compliance* est souvent rattachée aux accords dits de Bâle 2), la *compliance* s'est étendue et à cet égard la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016¹ a introduit de manière transversale en droit français des instruments de *compliance* (programme de conformité, devoir de transparence...) et l'a institutionnalisée.

Il n'en reste pas moins que la *compliance* a une vocation générale et vient désormais irriguer des domaines plus éloignés des questions relatives à la transparence ou à la traçabilité des échanges financiers, comme par exemple les questions relatives à la distribution des produits ou à la protection des données.

Compte tenu des spécificités des préoccupations environnementales, il n'est donc pas surprenant que la problématique de la *compliance* puisse s'y manifester. De fait, à travers la *compliance*, ce sont deux préoccupations somme toute assez universelles qui sont véhiculées: la *compliance* correspond tout d'abord à une exigence de conformité du comportement des acteurs économiques aux lois et règlements, voire aux bonnes pratiques partagées, qui régissent leurs activités. Mais la *compliance* ne

saurait se limiter au seul constat de la conformité aux règles applicables ; elle est aussi un principe dynamique tendant à évaluer, en continu et dans un domaine donné, l'exposition des entreprises aux risques de sanctions - pénales ou administratives -, aux coûts destinés à permettre le retour à la conformité, et aux risques de dégradation de leur image et de leur réputation. En d'autres termes, dans les deux situations, il s'agit de minimiser l'exposition aux risques - en l'espèce aux risques générés par une atteinte portée à l'environnement - de l'entreprise ; mais, et si l'on osait une comparaison, la *compliance* serait à la conformité ce que le cinéma est à la photographie : en effet, la *compliance* vient ajouter le mouvement et la dynamique d'un processus en continu à l'image figée d'un constat, à un moment donné, de la conformité.

Nul ne saurait contester que ces deux dimensions de la *compliance* sont bien présentes dans le domaine de l'environnement. Pourtant, la *compliance* environnementale n'a fait l'objet que de peu d'études alors que les règles s'appliquant en matière environnementale sont allées en se multipliant et en se complexifiant et, partant, ont multiplié les possibilités d'une appréciation de la conformité du comportement des acteurs économiques à l'aune de ces lois et règlements.

L'une des réponses à cet apparent manque d'intérêt réside peut-être dans le constat que l'environnement et la protection de ses intérêts ont, et de longue date,

¹ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

² Sur la définition de "l'environnement" et des intérêts qui sont protégés à ce titre, il n'existe pas de définition générale et

absolue. Néanmoins, et s'agissant du seul droit interne, il est utile de se reporter à la liste des intérêts protégés par la législation des installations classées pour la protection de l'environnement l'article L.511-1 du Code de l'environnement visant les "dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit

intériorisé cette double vocation de la *compliance*. Au-delà de cette réponse, la question de la *compliance* environnementale mérite d'être revisitée, dans la mesure où ses exigences apparaissent désormais renforcées.

Au plan général, il sera en effet relevé une réflexion croissante sur ce sujet et la volonté des pouvoirs publics de tracer un cadre : à cet égard la communication de la Commission Européenne du 18 janvier 2018 sur "*les actions à entreprendre pour améliorer la compliance environnementale et la gouvernance*" est symptomatique³. De même, au niveau microéconomique qui est celui des entreprises, la prise de conscience des risques et des coûts induits par la non-conformité environnementale est désormais générale : de fait, les entreprises ont parfaitement conscience que, dans certaines hypothèses, le coût direct des travaux qui doivent - auraient dû être - mis en œuvre pour assurer la conformité à la norme ne sont rien au regard des coûts indirects liés à des procédures judiciaires⁴ et à leurs conséquences, ou au regard des coûts liés à l'atteinte réputationnelle.

Il faut donc dresser un état des lieux de la *compliance* environnementale en se demandant tout d'abord comment se manifeste l'exigence de conformité (1) et ensuite quels sont les moyens mis en œuvre pour assurer la présence d'un niveau optimal de protection des acteurs économiques (2).

1. L'exigence d'une conformité aux règles environnementales

A. Une conformité inhérente aux problématiques environnementales

Cela a été relevé à titre introductif, s'il fallait chercher les raisons pour lesquelles la notion de *compliance* environnementale est jusqu'alors relativement passée sous silence, la première serait que, finalement et de façon assez fondamentale, le

pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique". De même, il est utile de se reporter à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement et à sa définition initiale : "*Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine. On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de*

monde de l'environnement, plus que d'autres branches d'activités appréhendées par le droit, a toujours placé la conformité au cœur de ses préoccupations et l'a très tôt intégrée comme une contrainte cardinale. Cet enracinement de la conformité en matière environnementale s'explique par au moins trois raisons :

1/ Tout d'abord, les activités entrant dans le champ du droit de l'environnement sont souvent des activités qui, par nature, présentent des risques pour la santé, l'environnement et la biodiversité. Si l'on prend, à titre d'exemple, la législation des installations classées pour la protection de l'environnement, sorte de colonne vertébrale de notre droit de l'environnement industriel, il sera noté que les articles L. 512-1, L. 512-7 et L. 512-8 du Code de l'environnement - qui classent les activités en trois régimes juridiques distincts d'autorisation, d'enregistrement et de déclaration - font tous référence aux "*dangers ou inconvénients*" présentés par l'activité au regard de la santé et l'environnement. Or, la réponse à ces dangers et inconvénients réside dans l'édition de prescriptions d'exploitation, d'une part, par la loi ou le règlement, d'autre part, par des décisions individuelles prises par le Préfet, prescriptions d'exploitation qui constituent la charte de l'exploitation de l'installation concernée. Dès lors qu'existe un tel référentiel normatif, la question de la conformité de l'exploitation se pose naturellement.

2/ La seconde raison qui fait de la notion de conformité une valeur essentielle en matière environnementale réside dans le fait que, au plan de la technique juridique, le droit de l'environnement et ses préoccupations se trouvent portés par des régimes relevant de la catégorie des polices administratives spéciales. Il en résulte un encadrement juridique fort des libertés publiques, en particulier du droit de propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de son corollaire naturel qu'est la liberté d'entreprendre : l'activité économique identifiée comme portant atteinte à

toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants".

³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee for the Regions, com (2018) 10 final 18.1.2018

⁴ Compte tenu de la pénalisation croissante de la préoccupation environnementale - voir sur ce point D Guihal, JH Robert et Th. Fossier *droit répressif de l'environnement*, Economica 4.ed 2016, ces procès se déroulent souvent devant la juridiction pénale.

l'environnement ne peut donc s'exercer que dans les conditions prévues par les textes à titre général ou individuel. Par exemple, la protection apportée par le Code de l'environnement (ses articles L. 411-1 et suivants) aux espèces animales et végétales menacées, conduit à l'interdiction de principe de toute activité qui porterait atteinte à ces espèces ou aux milieux les abritant : les porteurs de projet doivent se conformer strictement à cette interdiction bridant ainsi le libre exercice des libertés publiques ; et si, à titre d'exception, une dérogation à cette interdiction leur est accordée - notamment pour des raisons d'intérêt public majeur attachées à leur projet - ils doivent se conformer tout aussi strictement aux conditions de cette dérogation.

3/ Enfin, la troisième raison de cette prégnance naturelle de la notion de conformité dans la sphère environnementale réside dans le caractère technique, voire essentiellement technique, de la régulation en la matière. C'est ainsi par exemple que les textes édictent des normes le plus souvent exprimées en volume, en température, en composition chimique ou physico-chimique, en poids ou en pourcentage (voir pour un exemple topique, les valeurs limites d'émissions fixées par l'arrêté du 2 février 1998⁵ encadrant les prélèvements et rejets des installations industrielles les plus importantes). Il en résulte une appréciation très mécanique des comportements et l'absence de prise en compte de toute considération subjective tenant aux intentions, bonnes ou mauvaises, de l'opérateur économique concerné ; et si l'on voulait résumer en la caricaturant à peine la logique de ce système elle s'illustrerait en ces termes : en deçà de x g/l. le rejet est conforme à la règle, au-delà de x g/l., il n'est pas conforme et place dès lors l'opérateur, quelles que soient ses intentions et quel que soit son projet, dans une situation de non-conformité. Cette technicité des activités appréhendées par le droit de l'environnement, et ce côté parfois binaire de l'approche qui en résulte, ont été parfaitement intégrés dans l'ADN des acteurs de l'environnement et ont, là encore, fait de la conformité et de sa recherche constante une donnée clé de leur comportement.

B. Une conformité revendiquée

Une large part de la communication des entreprises, qu'elle soit destinée à leurs clients ou qu'elle s'inscrive dans une logique de positionnement global, se trouve désormais axée sur les questions

environnementales et, partant, sur la conformité de leur comportement aux lois et règlements applicables en la matière.

Mais cette revendication de la conformité par les entreprises va au-delà d'une démarche commerciale, dans la mesure où elle s'inscrit désormais dans un contexte plus large. De fait, les liens étroits qui unissent éthique et *compliance* ont naturellement conduit les entreprises à inscrire le respect des règles édictées en matière environnementale au sein de leur politique éthique et des engagements volontaires pris dans ce cadre.

C'est ainsi que les entreprises ont inscrit, le plus souvent dans des chartes internes mais aussi dans leurs schémas décisionnels, le principe d'une stricte conformité à leurs obligations légales et réglementaires en matière environnementale.

Bien plus, en s'inscrivant dans une logique de développement durable les entreprises ont souvent placé les préoccupations environnementales, dans l'instant mais aussi dans une perspective d'amélioration pour l'avenir, au cœur de leurs objectifs éthiques.

Enfin, les entreprises sont désormais obligées de communiquer des informations sur leurs choix et objectifs en matière environnementale, soit à titre obligatoire dans le cadre de leurs obligations en termes de responsabilité sociale et environnementale, soit volontairement dans le cadre de leur communication interne ou commerciale.

C. Une conformité imposée

La notion de conformité, à la fois consubstantielle de la préoccupation environnementale et désormais revendiquée par les acteurs économiques, est d'autant plus admise que l'absence de conformité fait l'objet de sanctions ; or, cela a été souligné, la *compliance* tend à préserver l'entreprise de l'exposition au risque de sanction.

1/ En matière environnementale, il s'agit tout d'abord de sanctions administratives. Ainsi, l'article L.171-7 du Code de l'environnement prévoit qu'*"indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées à l'encontre de celui qui ne dispose pas du titre nécessaire à une exploitation conforme de son activité, l'autorité administrative compétente met l'intéressé en demeure de régulariser sa situation dans un délai qui ne peut excéder une durée d'un an. S'il n'est pas déféré à la*

des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation.

⁵ Arrêté du Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement du 2 Février 1998 relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature

mise en demeure à l'expiration du délai imparti, ou si la demande d'autorisation est rejetée, l'autorité administrative ordonne alors la fermeture ou la suppression des installations et ouvrages, la cessation définitive des travaux, opérations ou activités, et la remise en état des lieux".

De même, aux termes de l'article L.171-8 du Code de l'environnement, en l'absence de conformité aux prescriptions d'exploitation encadrant l'activité et, là encore indépendamment des poursuites pénales, l'autorité administrative compétente met en demeure la personne à laquelle incombe l'obligation d'y satisfaire dans un délai qu'elle détermine. Si cette mise en demeure n'est pas respectée, l'autorité administrative compétente peut notamment ordonner la consignation entre les mains d'un comptable public, avant une date qu'elle détermine, d'une somme correspondant au montant des travaux ou opérations à réaliser, ou ordonner la suspension de l'activité jusqu'au retour à la conformité.

2/ Il s'agit ensuite de sanctions pénales qui frappent l'auteur d'une non-conformité. C'est ainsi que les articles L.173-1 et suivants du Code de l'environnement viennent sanctionner l'absence de conformité environnementale (soit l'absence de titre administratif préalable nécessaire à l'activité, soit la méconnaissance des prescriptions d'exploitation) de peines qui, s'avèrent être particulièrement élevées.

Notamment, lorsqu'il a été porté gravement atteinte à "la santé ou la sécurité des personnes ou provoqué une dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau", ces sanctions peuvent atteindre, dans la situation la plus pénalisée, cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour les personnes physiques et 1,5 million d'euros pour les personnes morales.

3/ Enfin, et de façon plus insidieuse car relevant de processus de *soft law*, la non-conformité se trouve sanctionnée par des moyens aussi indirects que puissants.

A cet égard, la nature et la portée juridique des engagements volontaires des entreprises comme des éléments "normatifs" de leurs chartes internes semblent désormais certaines : des fondements aux poursuites ont pu être trouvés sur le terrain du droit de la consommation, ou l'identification de la négligence fautive par la juridiction pénale à partir

de la méconnaissance des engagements internes. Par ailleurs, si la jurisprudence civile avait posé le principe que l'engagement unilatéral, pris en connaissance de cause, d'exécuter une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile et se trouve par conséquent susceptible d'exécution, cette position de la jurisprudence pourrait se trouver relayée par le nouvel article 1100 du code civil qui dispose que : « [Les obligations] peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ».

Mais la question va au-delà de l'approche juridique et de la crainte d'une condamnation judiciaire. De fait, des années de patients efforts de communication et de positionnement réputationnel de l'entreprise peuvent se trouver ruinés par un sinistre ou la révélation de faits présentés comme une méconnaissance de l'impératif de conformité. De façon plus générale, la force de la *soft law* environnementale est parfaitement illustrée dans le cadre du développement récent des contentieux dits climatiques menés à l'encontre de sociétés industrielles : en effet, aucune entreprise n'a été à ce jour condamnée dans le cadre de tels contentieux, et il est peu probable que ceci arrive à court terme sauf à une reconfiguration du paradigme juridique de la responsabilité; mais aussi, plus aucune entreprise concernée n'ignore à présent cette problématique, et toutes l'intègrent désormais dans leur stratégie notamment juridique et de communication ou vont devoir l'intégrer rapidement.

2. De la conformité à la compliance environnementale

Cela a été rappelé ci-dessus, la *compliance* va au-delà de la simple conformité. Elle est plus que la conformité parce qu'elle est structurée, elle est davantage parce qu'elle sous-tend un effort dans la durée et l'inscription dans une démarche de progrès environnemental.

Il faut tout de suite le signaler : il n'existe pas en matière environnementale de mécanismes identiques à ceux qui existent désormais en application de la Loi Sapin 2 en matière de lutte contre la corruption. Ceci ne peut surprendre dans la mesure où, d'une part et comme il vient d'être souligné, l'exigence de conformité en environnement est très forte et très ancrée dans les comportements ; d'autre part, l'environnement est une matière technique objet de

⁶ Voir Revue des Juristes de Sciences-Po n°13, printemps 2017, J.N. Clément, "Un droit civil de l'environnement"

⁷ Sur la difficulté, en l'état actuel des conditions d'engagement de la responsabilité civile, de voir prospérer les contentieux

climatiques, voir l'article de F.G. Trébulle, "Environnement et développement durable - Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ?", Energie - Environnement - Infrastructures, n°8-9, août 2018.)

très nombreuses réglementations d'ensemble mais aussi sectorielles, et par conséquent le référentiel ne se limite pas à une ou quelques dispositions notamment pénales, mais résulte d'un ensemble de textes particulièrement complexe à apprécier avec une vue d'ensemble ; enfin, la sphère environnementale se trouve déjà dotée d'un contrôle administratif aussi constant que bien établi et efficace, comme d'une jurisprudence des tribunaux particulièrement fournie s'agissant du sens et de la portée de ce contrôle.

Pour autant, certaines des dimensions de la *compliance*, dépassant le simple constat de la conformité, se manifestent au plan environnemental. C'est le cas, notamment parce que la matière se caractérise désormais par l'identification et la mise en œuvre d'une vigilance constante à la préoccupation environnementale et par la volonté de dépasser le simple constat d'une conformité à un instant donné en inscrivant la réduction des impacts environnementaux conséquences des activités humaines dans la durée et une démarche de progrès. Ce phénomène se constate, d'une part, au plan des principes généraux applicables à l'ensemble des acteurs intervenant dans la sphère environnementale, d'autre part, au niveau des entreprises.

A. Au niveau des principes

Trois exemples peuvent illustrer la volonté de dépasser la conformité à un moment donné pour aller au plan global vers une amélioration constante de l'empreinte environnementale des activités humaines.

1/ Le premier exemple est celui du devoir de vigilance qui pèse désormais sur tous en matière environnementale.

La *compliance* entretient des liens particulièrement forts avec le devoir de vigilance. Or, celui-ci est bel et bien présent dans la sphère environnementale depuis l'entrée en vigueur en 2005 de la Charte de l'environnement. A cet égard, dans sa décision du 8 avril 2011⁸ le Conseil Constitutionnel en combinant les articles 1 et 2 de cette Charte a dégagé ce devoir

de vigilance en ces termes "*Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; ... qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée "* (point 4 de la décision du 8 avril 2011).

Il est particulièrement important de noter que le Conseil Constitutionnel a donné au devoir de vigilance environnementale une portée absolument générale en indiquant dans la même décision "*que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes*"(idem).

B. Le deuxième exemple est celui de l'édiction par le législateur d'un principe de non-régression environnementale

La *compliance*, quelle que soit la matière à laquelle elle s'applique, tend à atteindre un niveau le plus élevé possible de la valeur qu'elle vise à protéger (transparence, absence de corruption, ...) et ce dans une perspective d'amélioration continue. C'est ainsi qu'en matière environnementale, la *compliance* vise à atteindre, dans la durée, un niveau aussi élevé que possible de protection de l'environnement ; c'est dans ce cadre que s'inscrit le principe de non-régression introduit dans notre droit de l'environnement par la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016⁹.

⁸ Décision n°2011-116 QPC *Michel Z. et Catherine J.*

⁹ Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

De fait, l'article L.110-1 (point II-9°) du Code de l'environnement instaure un "*principe de non-régression selon lequel la protection de l'environnement assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment*".

Ce principe de non-régression participe à l'évidence des objectifs d'une *compliance* environnementale accrue. Ce principe s'appliquant aux politiques publiques - il ne s'applique pas aux décisions administratives individuelles de même qu'il n'ajoute pas aux responsabilités des personnes privées - est en effet vecteur d'un progrès constant dans la prise en compte des considérations environnementales : la non-régression ne fait en effet pas obstacle à la modification des règles en vigueur, mais à l'adoption de dispositions qui matérialiseraient un recul dans la protection de l'environnement¹⁰.

3/ Le troisième exemple est celui de l'interdiction de perte nette de biodiversité.

Enrayer la perte de biodiversité et la dégradation des services écosystémiques mais aussi assurer leur rétablissement dans la mesure du possible était un objectif prioritaire de la stratégie de l'Union européenne à l'horizon 2020¹¹ qui devait être traduit en droit interne. Cela a été fait là aussi grâce à la loi Biodiversité du 8 août 2016 : celle-ci vient compléter le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (article L. 110-1-II, point 2°, du Code de l'environnement), en précisant que : "*Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité*".

L'interdiction de perte nette de biodiversité traduit l'idée selon laquelle, quel que soit l'intérêt d'un projet public ou privé, il ne peut être conforme à l'éthique environnementale que si, une fois mises en œuvre des mesures d'évitement, de réduction ou de compensation des impacts du projet, il n'existe pas d'atteinte à la biodiversité, voire une amélioration de celle-ci. Dès lors, ce n'est plus seulement une

conformité *a minima* qui est requise, mais bien l'exigence durable d'un progrès dans la situation environnementale d'ensemble qui s'impose aux acteurs économiques dans leurs choix.

B. Au niveau des entreprises

1/ Au niveau des acteurs économiques, la politique de *compliance* suppose la mise en œuvre de quelques principes qui incarnent désormais la notion : il s'agit notamment de la vigilance, de la transparence de l'information et de sa mise à disposition, de la nécessité du regard d'un tiers extérieur à l'action ou à la prise de décision. Il n'en va pas différemment en matière de *compliance* environnementale et ce sont bien ces principes que l'on retrouve désormais portés en la matière.

Il ne s'agit pas, bien évidemment, de dresser ici un catalogue des mesures et institutions mises en œuvre au sein de chaque entreprise pour s'assurer du plus haut niveau de *compliance* environnementale ; au-delà de la difficulté qu'il aurait à dresser ce catalogue, celui-ci serait probablement décevant, la réponse apportée par chaque société dépendant de considérations de sociologie d'entreprise qui lui sont propres comme des spécificités du secteur d'activité dans lequel elle exerce.

2/ Il sera en revanche noté que plusieurs entreprises se sont dotées d'organes - certes internes à celles-ci même s'ils intègrent parfois des tiers - bénéficiant d'une certaine indépendance et qui ont pour mission de porter un regard extérieur sur la définition de la politique environnementale générale de l'entreprise ou la prise des décisions structurantes et engageantes en la matière. Dans le même esprit, les entreprises dressent désormais une cartographie de leurs risques environnementaux destinée, d'une part, à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation, d'autre part et surtout, à définir les moyens d'y remédier dans une démarche corrective dans la durée.

De même, il sera de façon non exhaustive relevé quelques exemples parmi les dispositions qui

¹⁰ Sur cette distinction, voir la décision parfaitement illustrative rendue par le Conseil d'Etat, n°404391, 8 décembre 2017, *Fédération Allier Nature*.

¹¹ Voir la Communication de la Commission européenne, "La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020", COM/2011/0244 final/2.

encouragent les entreprises à se placer dans une démarche de *compliance* environnementale.

Un premier exemple peut se trouver dans la loi *relative à la transition énergétique pour une croissance verte* du 17 août 2015 prévoit l'obligation pour les producteurs « réalisant volontairement une communication ou une allégation environnementale » de mettre à disposition les principales caractéristiques environnementales de leurs produits¹².

Tel est aussi le cas de l'ordonnance du 19 juillet 2017 *relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises* transposant la directive dite « RSE » du 22 octobre 2014. S'inscrivant dans le développement initié dans les années 1990 de la responsabilité sociale et environnementale au sein des entreprises, cette ordonnance a introduit l'obligation pour les plus importantes entreprises les plus importantes d'insérer dans leur rapport de gestion une déclaration de performance extra-financière ; cette déclaration « comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et

services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés et aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités »¹³.

Un autre exemple peut être trouvé dans la loi relative au devoir de vigilance du 27 mars 2017 adoptée dans la foulée de la loi Sapin 2. Dépassant le cadre de la seule entreprise pour appréhender celle du groupe doté de filiales, celle-ci prévoit pour les entreprises les plus importantes l'obligation d'élaborer un plan de vigilance ; celui-ci comporte les mesures propres à identifier et à prévenir les risques d'atteintes aux droits et libertés fondamentales ainsi qu'à la santé, la sécurité des personnes et l'environnement qui pourraient résulter des activités de la société mère, des sociétés qu'elle contrôle et de leurs fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger¹⁴. Les premiers de ces plans ont été élaborés en 2018.

¹² Article 90 de la loi n°0189 du 18 août 2015

¹³ Article L.225-102-1 du Code de commerce.

¹⁴ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

À propos de...

La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui seize numéros. Un dix-septième est en préparation pour le printemps 2019.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.



LexisNexis®

The logo for the Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) features the acronym 'AJSP' in a bold, dark blue, sans-serif font. To the right of the acronym is a vertical line, followed by the full name of the association in a smaller, grey, sans-serif font.

Les Juristes
de Sciences Po

À propos de...

L'Association des Juristes de Sciences Po

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP oeuvre à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle Evènements de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit.

L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats, entreprises et institutions.

Le Pôle Evènements est également chargé d'organiser des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice, des concours d'éloquence et de l'édition d'un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation. Le Pôle Sciences Pi entend réunir les étudiants de la spécialité Droit de l'innovation de l'Ecole de Droit. Le Pôle CJJ réunit les étudiants du master Carrières judiciaires et juridiques, et le Pôle CEA ceux du master Contentieux Économique et Arbitrage.

Salima Mostefa-Kara, Présidente

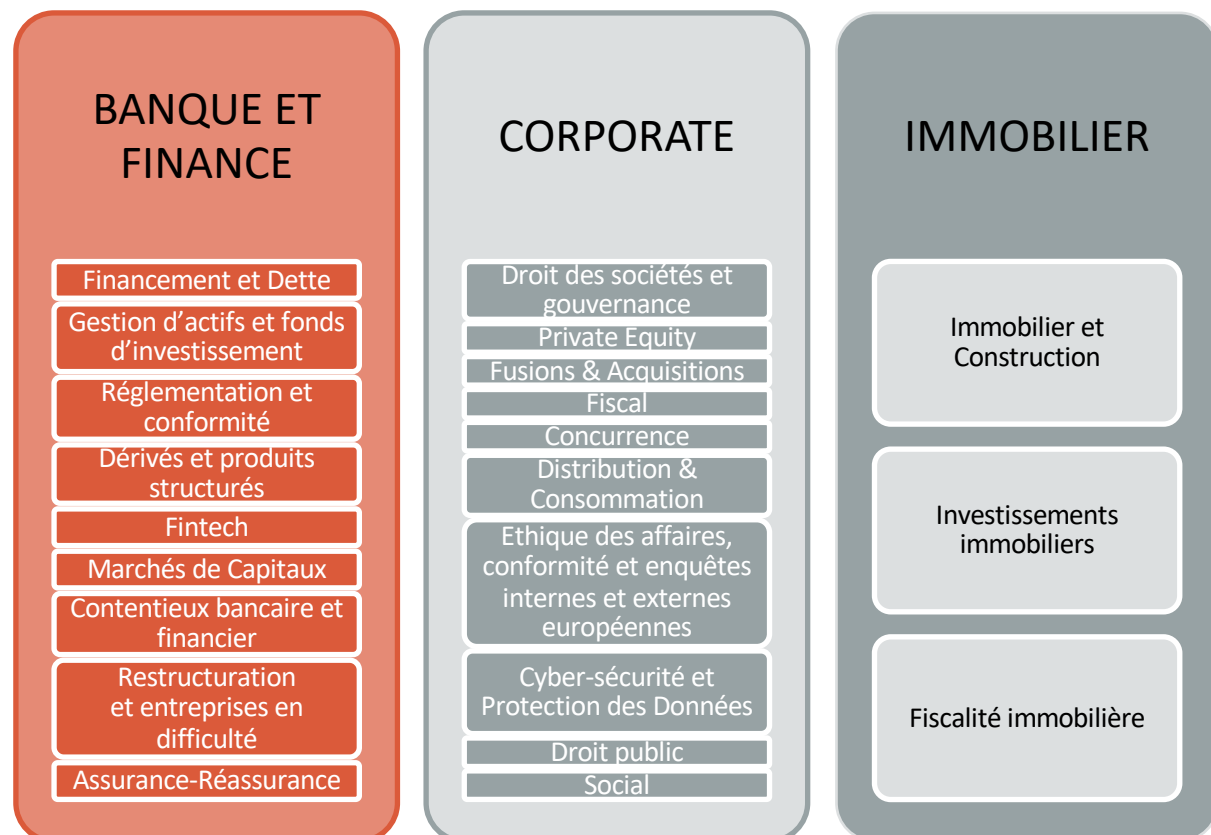
POSITIONNEMENT

Kramer Levin offre à ses clients des solutions proactives, créatives et pragmatiques en réponse aux problématiques juridiques les plus complexes. Avec plus de 375 avocats dans plus de 60 domaines d'intervention, le cabinet, dont le siège est situé à New York, dispose d'implantations dans la Silicon Valley et à Paris et contribue à la promotion d'une forte culture d'engagement civique au service du public.

Kramer Levin Paris, en bref :

- Plus de 60 avocats et juristes dont 17 associés
- Pratique des équipes couvrant l'ensemble du droit des affaires, tant en matière de conseil que dans le cadre d'opérations transactionnelles ou de représentation devant les tribunaux français et américains ou dans le cadre de procédures de médiation ou d'arbitrages locaux ou internationaux
- Avocats de diverses cultures et nationalités, inscrits au barreau de Paris et à des barreaux étrangers (New York, England & Wales, Washington D.C., Milan)
- Collaboration étroite avec les bureaux de New York et Silicon Valley
- Pluridisciplinarité et complémentarité entre les équipes
- Forte implication au quotidien des associés dans le traitement des dossiers
- Indépendance du bureau de Paris, assurant une optimisation et une transparence du coût des interventions
- Réseau mondial de « Best friends »

ACTIVITES



BUREAUX

- New York
- Paris
- Silicon Valley

CONTACTS

- **Hubert de Vauplane**, Avocat Associé, Banque & Finance – hdevauplane@kramerlevin.com
- **Roukia M'Madi**, Responsable Marketing & Communication – RMmadi@kramerlevin.com

NOTRE EQUIPE CONFORMITE ET ENQUETES

Le pôle Conformité et Enquêtes de Kramer Levin à Paris s'organise autour de deux pôles principaux : l'un corporate, regroupant 4 avocats, dédié à l'éthique des affaires ainsi qu'à la conformité et aux enquêtes internes et externes, l'autre spécifiquement dédié au secteur bancaire, financier et assurantiel, regroupant 7 avocats et couvrant tant les aspects de conformité et de contentieux réglementaire d'une part, que les aspects pénaux d'autre part.

Les domaines d'intervention couverts sont :

- Conseil stratégique des directions générales
- Audits et cartographie des risques
- Audits corporate et financiers
- Création, audit, mise à jour et suivi de programmes de conformité et de contrôle interne
- Gestion des contrôles
- Monitoring pré ou post transaction pénale
- Plans de remédiation
- Enquêtes internes, enquêtes judiciaires et administratives, et investigations internationales
- Lutte Anti-Blanchiment et Lutte Anti-Corruption (Loi Sapin II, UK Bribery Act...)
- Mise en place de systèmes d'alerte et gestion de ces systèmes
- Droit du travail, droit financier et comptabilité en lien avec l'anti-corruption
- Sanctions économiques
- RSE et programmes de vigilance
- Responsabilité civile et pénale des dirigeants et membres de conseils d'administration
- Programmes de formation et de sensibilisation
- Présentation devant les organes représentatifs des salariés et des comités d'audit des entreprises
- E-discovery, loi de blocage, privilège légal, secret des affaires



Kramer Levin
