

## Compliance et personnalité<sup>1</sup>

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit à Sciences po (Paris)

**L'essentiel** > La compliance est souvent présentée comme un ensemble de procédures vides et mécaniques, dans lesquelles les êtres humains sont absents. C'est l'inverse. Droit de l'information, dans sa fonction de prévention des risques systémiques et de protection des marchés, le droit de la compliance pose l'exigence de connaître « véritablement » la personne qui est « pertinente », généralisant ce que les droits des sociétés ou de la concurrence avaient admis par endroits. Plus encore, au-delà des systèmes, le droit de la compliance, en tant qu'il est un droit de protection, vise à protéger les êtres humains, concernés de près ou de loin, les instituant comme personnes juridiques, véritables sujets de droit finals de cette nouvelle branche du droit.

604

### I - Le droit de la compliance, droit de l'information, exigence juridique de connaissance effective de la personne pertinente

Le droit de la compliance a internalisé dans des « entreprises cruciales » non pas seulement l'obligation d'être apte à démontrer à chaque instant en *ex ante* une « conformité » aux règles, mais des obligations pour que celles-ci concourent à des buts d'intérêt général qui ne les concernent pas directement, ce qui en fait une branche du droit spécifique. Pour cela, le droit de la compliance va entrer en choc frontal avec le principe même du droit des sociétés : la personnalité morale (A), en obligeant des entreprises à rechercher le « véritable » client et à « bien » le connaître (B).

#### A - Le choc frontal apparent entre le droit de la compliance et le principe même du droit des sociétés

Prolongeant à cet égard le droit de la régulation, le droit de la compliance impose une appréhension concrète du monde. En cela archaïque, le droit de la compliance veut écarter les constructions juridiques, les frontières, et quasiment tout ce qui caractérise le droit, c'est-à-dire son artificialité, pour se saisir directement des réalités.

Or, en droit et de quelque façon qu'on prenne la « personnalité », conçue comme une simple aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, de prérogatives et de responsabilités, ou comme une institution, ou comme ce qui naît d'un contrat, la personnalité d'une société est toujours une technique juridique. Suivant que l'on aille vers la « réalité » ou la « fiction », le pouvoir de décision y est donné plutôt à ceux qui ont donné le coup d'envoi ou à ceux qui développent l'instrument, selon la thèse contractualiste ou la thèse institutionnaliste, mais la réalité concrète est recouverte par l'opacité de la personnalité.

Coexistent ainsi ce que dans un langage enfantin l'on pourrait appeler les « vrais personnes », êtres humains qui décident, qui exercent le pouvoir dans la cascade de personnes morales des groupes, groupes qui n'ont pas de personnalité morale et ne rendent donc que peu de compte en *ex ante*, ces êtres humains étant le Roi nu qui passe en tête de cortège, le droit ne les voyant pas. À la table du droit « complexe », l'enfant qui regarde la parade sociétariaire n'a pas droit à la parole.

Ainsi, dans un droit des sociétés dans lequel la personnalité est fondatrice, parce que juridiquement la « personne » est un « masque » (*persona*, dans son origine romaine), la personnalité juridique est aussi ce qui permet d'agir sans être vu.

(1) Cet article repose sur un document de travail, bilingue et doté de notes, de références techniques et de liens hypertextes, disponible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/compliance-et-personnalite/>.

Or le droit de la compliance, en ce qu'il s'agit d'un *corpus* d'institutions, de principes, de définitions, de procédures et de décisions ayant pour fin des buts d'intérêts mondiaux, buts qui donnent sens et unité à l'ensemble de ces dispositifs, par exemple la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, le trafic de drogue et d'êtres humains, le changement climatique, l'inégalité entre les êtres humains, ne peut pas admettre cet aveuglement fondateur.

L'abstraction inhérente à la personnalité juridique doit donc reculer pour que le droit de la compliance existe. Le voile de la personnalité morale, qui commence par la dénomination sociale, va être soulevé car la compliance exige des entreprises non seulement qu'elles connaissent les « véritables clients », mais encore qu'elles les connaissent « bien ».

## B - La compliance et l'obligation de « bien connaître » les « véritables personnes »

Le droit de la compliance vise deux obligations articulées, mais distinctes : ne plus tenir compte de la personnalité juridique pour connaître le « bénéficiaire effectif », d'une part (1), et « bien connaître » le client, d'autre part (2).

### 1 - Le bénéficiaire effectif, véritable client

Le droit contraint les sujets en charge de rendre effective la lutte contre les maux globaux, à découvrir derrière les personnalités juridiques les plus diverses les « bénéficiaires effectifs ». Il est d'autant plus important de les connaître *a priori* que plus d'un quart des transactions mondiales ayant pour objet une corruption ont pour acteur juridique des sociétés dont l'existence disparaît aussi rapidement qu'elle était apparue.

Au titre de l'obligation de vigilance, le « bénéficiaire effectif » du mouvement des fonds doit être connu de celui qui l'opère. L'accumulation des textes, l'extraterritorialité des exigences, l'appui des lanceurs d'alerte, ne pallient pas l'absence d'un droit mondial pour des opérations financières qui sont mondiales aussi, mais la sévérité des sanctions tente d'être dissuasive.

### 2. Le cœur du droit de la compliance : « *know your client* »

Cette formule, si célèbre et courante qu'on la désigne « KYC », est le « principe de base » de l'obligation de vigilance qui pèse sur l'opérateur. Cela signifie que la personne qui prend un nouveau client doit le « connaître », non seulement dans sa « véritable identité », mais dans ce qu'il est « vraiment » : quels sont son activité, ses liens, son patrimoine, ses projets ?

Cela a pu être présenté comme radicalement nouveau, en ce que le droit charge un opérateur privé de sonder le cœur et les reins d'une autre personne. Mais n'est-ce pas la règle d'or du commerce que de « connaître son client » ? De la même façon que de faire prévaloir l'intérêt de son client en s'interdisant les conflits d'intérêts, autre but majeur du droit de la compliance, n'est-ce pas une marque du « bon commerçant » ?

En effet, le commerçant n'est pas en contact avec une personne juridique neutre, statique et vide, mais avec un client dont il doit, par exemple, financer les projets et pour cela comprendre l'environnement, afin de mieux le servir.

Si le projet du client relève de ce que l'on pourrait appeler la « bonne cause », sa connaissance effective par l'intermédiaire ou le conseil correspond à la fonction naturelle de celui-ci. S'il s'agit d'une « mauvaise cause », comme le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme, mieux vaut que l'opacité de la personnalité ne le cache pas à l'opérateur, puisqu'elle expose celui-ci à des sanctions pénales par négligence. Autant qu'il ait les moyens de soupçonner cette cause-là et autant qu'il la dénonce.

En cela, le droit de la compliance n'est pas tant une sorte d'agression du droit classique, notamment du droit des sociétés, qu'une reconcrétisation du droit des affaires, le reconnectant avec la relation entre un commerçant et un client, même non direct. À cet égard, c'est bien plutôt le marché, espace sans information sur les projets, les finalités et les filières, qui est contrarié par le droit de la compliance, bien davantage que les règles du commerce, telles que Roubier les concevait.

## II - Le droit de la compliance, droit de protection, exigence de servir l'intérêt des êtres humains institués en personnes titulaires de droits

Si le droit de la compliance fait voler en éclats la technique de la personnalité morale, c'est parce que son souci premier est l'être humain, souci négatif lorsque celui-ci peut nuire, par exemple par la corruption, souci positif lorsqu'il s'agit de protéger l'investisseur ou le salarié. En cela, le droit de la compliance est simple à comprendre : il est un ensemble de règles, procédures et décisions pour concrétiser une finalité : le souci d'êtres humains qui ne sont pas toujours et tous servis par les mécanismes de marché ou d'autorités publiques. Ainsi, le droit de la compliance est un droit politique, en ce qu'il met au centre de l'entreprise, des marchés et des échanges économiques internationaux, l'être humain. Le droit de la compliance va alors instituer comme « personne », c'est-à-dire comme « sujet de droit », des personnes concernées de près ou de loin (A), préoccupation centrale par laquelle un droit européen de la compliance pourrait trouver son identité (B).

### A - Le droit de la compliance et le souci des personnes concernées de près ou de loin

Pour en rester au droit français, l'on peut prendre les lois dites « Sapin 2 » et « Vigilance » (1), qui opèrent toutes deux un renversement de l'*ex post* et de l'*ex ante* (2).

#### 1 - La loi dite « Vigilance », prolongement de la loi dite « Sapin 2 »

À s'en tenir au droit français, les lois du 9 décembre 2016, dite « Sapin 2 », et du 27 avril 2017, dite « Vigilance », sont

en continuité. La première oblige les entreprises d'une certaine taille à se structurer pour empêcher en *ex ante* la corruption interne et internationale, faute de quoi elles sont sanctionnées. L'idée est plutôt la protection des systèmes économiques.

La loi « Vigilance » est dans son prolongement technique, utilisant les mêmes mécanismes de cartographie des risques, lanceur d'alerte, etc., mais elle exprime une volonté plus directement humaniste en obligeant une entreprise « donneur d'ordre » à s'assurer du respect des règles de sécurité et de droits humains dans toute la filière des entreprises qui réalisent pour elle une prestation.

Il ne s'agit donc plus de s'attacher à des personnes qui sont dans l'entreprise (salariée) ou extérieurs, mais près de celle-ci (les « parties prenantes », comme le sont les fournisseurs, les créanciers, les investisseurs, les clients). Il s'agit de s'intéresser aux êtres humains en tant que tels, internalisant dans l'entreprise maîtresse la considération de celui qui n'est personne, par exemple l'enfant dans l'usine au loin.

C'est ici non seulement le masque de la personne morale qui tombe mais l'autonomie contractuelle. Cela est usuel en matière de responsabilité puisque celle-ci analyse les réalités comme des situations de fait advenues. Mais le droit de la compliance étant, comme le droit de la régulation, un droit *ex ante*, l'idée est de faire de ces êtres humains lointains des personnes titulaire d'un nouveau droit : celui de ne pas devenir victime.

## 2 - La marque générale de l'inversion de l'*ex post* et de l'*ex ante*

La répression, d'essence *ex post*, est transférée dans l'entreprise qui s'auto-surveille, s'auto-évalue et s'auto-sanctionne ou/et s'auto-dénonce.

Cela peut correspondre à une politique de l'entreprise, si les buts poursuivis par les régulations ainsi internalisées sont également poursuivis par l'entreprise à travers l'adoption spontanée de codes de conduite, et ce d'autant plus qu'elle adopterait une responsabilité sociétale ou mettrait en œuvre en tant qu'actionnaire une volonté politique « responsable ».

Beaucoup y ont vu une attaque du droit français. Mais la base du droit des sociétés n'est-elle pas que le détenteur d'un titre de capital est titulaire de deux types de prérogatives, les unes pécuniaires et les autres politiques ? Quand des fonds exigent que l'entreprise se préoccupe de l'environnement ou de la sécurité des sous-contractants, ce n'est que l'usage normal de leurs prérogatives classiques. La résurgence d'une définition classique de l'associé, ayant une conception plus politique de son rôle, est la marque même que le droit des sociétés existe encore face aux marchés financiers.

## B - Le droit de la compliance, concrétisation juridique en Europe du souci de l'être humain

Ce souci de l'être humain que le droit de la compliance porte, en mettant tout en œuvre, par exemple, pour lutter contre le financement du terrorisme ou contre le changement climatique, concerne plus particulièrement deux types de personnes : les « personnes-médiates » (1) et les personnes au bénéfice desquelles tout cela est fait et que, de la même façon que l'on parle de « consommateur final », l'on peut qualifier de « bénéficiaire final » (2).

### 1 - Les « personnes-médiates », sujets de droit désignés pour concrétiser les « buts monumentaux » visés par le droit de la compliance

C'est parce que les États sont trop faibles, n'ayant pas les informations, n'ayant pas les moyens financiers, étant à l'étroit dans le territoire qui leur est consubstantiel, que la concrétisation des buts qu'ils ont fixés (par exemple lutter contre la corruption ou protéger les droits humains ou protéger l'environnement) a été internalisée dans les entreprises globales.

Elles sont « sujets de droit de la compliance » parce qu'elles ont les moyens de concrétiser les buts posés par des Autorités publiques. Même si cela leur donne des obligations mais aussi les pouvoirs corrélés (tout savoir sur son client par exemple, contrôler la chaîne complète d'approvisionnement, mettre en place des systèmes de traçabilité des produits), elles sont les « personnes-médiates ». Elles n'en sont pas les bénéficiaires immédiats : elles n'en sont que les « acteurs » indispensables, même si elles en tirent des bénéfices secondaires (réputation).

### 2 - Les « bénéficiaires finals », personnes pour lesquelles le droit de la compliance a été construit

Les bénéficiaires de l'ensemble du droit de la compliance, ce ne sont pas les entreprises. Ce ne sont pas davantage les marchés. Le droit de la compliance a été certes institué pour préserver la solidité des marchés et les protéger des risques systémiques, ce qui explique l'intimité entre droit de la compliance et droit financier et son bon accueil par le droit de la concurrence.

Dans une conception spécifiquement européenne, qui reste à construire, les bénéficiaires d'une telle branche du droit, ce ne sont pas tant les systèmes et leur solidité, que les êtres humains et leur protection. Protection des salariés, égalité entre les hommes et les femmes, éducation de tous, souci de l'environnement, accès à la culture, préservation des patrimoines communs.

Cela ne devrait pas être si difficile car, pour l'engendrer, il faut, mais il suffit, que l'Europe puise dans sa tradition : avant tout humaniste.