

Place et rôle des entreprises dans la création et l'effectivité du droit de la compliance en cas de crise¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Agrégée des Facultés de Droit,

Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

PRÉALABLE : LA CRISE, SITUATION PASSAGÈRE, SOUMIS UN TEMPS À DES MÉCANISMES EXCEPTIONNELS DE COMPLIANCE OU SITUATION ACCÉLÉRANT UNE NOUVELLE CONCEPTION DU MONDE, OÙ LE DROIT DE LA COMPLIANCE A SA PART DÉFINITIVE ?

La réflexion développée dans cet article a un objet précis : la place et le rôle des entreprises privées qui, lorsque la crise advient, sont de force ou de gré amenées à prendre en charge la sauvegarde de « buts monumentaux », par exemple nourrir, transporter, soigner, rassurer ou éduquer la population, voire l'empêcher de circuler ou permettre à ses morts d'être enterrés. Comme pour tous, la crise constitue pour les entreprises une « épreuve », dans le sens où celle-ci apporte des preuves de mécanismes naguère peu visibles mais qui, étant activés, se révèlent ainsi activables pour l'avenir, soit quand le temps sera redevenu calme et que l'office de l'entreprise demeurera car l'opportunité en fut démontrée par la crise, soit qu'une autre crise s'abatte, que celle-ci ressemble à celle précédemment endurée ou non.

En outre si l'on définit, comme le fait le droit américain, le droit de la compliance comme ce qui prévient la crise systémique, la survenance même de celle-ci « prouve » alors la défaillance du droit de la compliance. Étudier les

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires, de nombreuses références techniques et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/la-place-des-entrepreneurs-dans-la-creation-et-l-2/>

mécanismes de compliance dans une crise ouverte, cela serait donc observer le pompier défaillant auquel l'on s'adresse pourtant, voire le pompier pyromane vers lequel on se tourne, celui qui n'aura pu éviter la crise et qui doit pourtant remédier à la crise ouverte...

La crise, comme preuve de la défaillance de la compliance, parce que les entreprises n'avaient pas suivi les prescriptions juridiques imposées, c'est souvent ainsi que la crise financière de 2008 fut analysée : défaillance de la surveillance des opérateurs, défaillance de leur propre aptitude à détecter à temps l'information pertinente sur les risques (défaillance notamment de l'audit), défaillance à apporter cette information pertinente à ceux qui en avaient besoin (les investisseurs et les autorités publiques).

C'est donc avant tout un échec d'effectivité que la crise exprime, puisqu'elle ne serait pas advenue si les opérateurs privés avaient joué leur rôle, à la place où ils étaient. Ce constat, très critique sur les entreprises qui n'avaient pas joué leur rôle, mais aussi très critique sur les autorités publiques incapables de le voir et de les rappeler à l'ordre à temps, fut dressé dans ce qui fût appelé par la Commission européenne « la leçon de la crise financière ». Dans la situation sanitaire mondiale, c'est peut-être aussi une leçon à retenir sur l'inaptitude à obtenir une information en temps utile sur les possibles manipulations de virus. Cela conduit à examiner l'efficacité d'institutions internationales comme l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à les obtenir, et en *ex ante* et en *ex post*, ce qui conduirait à conclure que d'autres institutions pourraient être mieux placées, même en ces matières de santé, pour avoir à temps des informations pertinentes.

En conséquence de cette « leçon », pour que la prochaine crise surprenne moins, ceintures et bretelles ont été mis : les entreprises ont été plus que jamais surveillées, supervisées, chargées en *ex ante* de prescriptions de ne pas faire et de faire, entourées de normes publiques. Ainsi le principe de transparence (qui est une norme propre à la supervision) est devenu la règle au-delà des secteurs régulés dès l'instant qu'il y a un risque de crises systémiques, perspective qui excède les secteurs régulés.

Mais, comme ce qui arrive est toujours inattendu par rapport à ce qui a précédé, c'est d'une autre crise dont l'année 2020 frappa les trois coups. La crise débutée en 2020 est une véritable crise sanitaire. Alors que l'effet domino qui caractérise souvent les crises bancaires (la défaillance d'une banque entraîne des défaillances en chaîne puis l'effondrement de tous), est souvent décrit comme une « contamination », en 2020 la contamination ne fut plus une image : le virus se propagea. Et les frontières tendirent moins encore que dans les crises bancaires et financières. Le monde en fut tout étonné, et les Etats et la population démunis, puisqu'il n'y avait pas de plans.

Or, si en droit de la compliance bancaire, droit spécial où la compliance est la plus mature, l'on avait redécouvert la technique du « plan » à travers

l'élaboration obligatoire de « plans » que les établissements bancaires et financiers doivent établir sur leur avenir en cas de situation critique, à travers la technique des « testaments bancaires », parce que le droit de la compliance prétend atteindre son but, à savoir la non-advenance de crise, l'arrivée d'une crise est par nature une crise de la compliance elle-même.

Le fusil devant alors changer d'épaule, l'on affirme désormais radicalement assumer qu'à la certitude du « plan », technique où l'on n'a pas à connaître l'avenir puisqu'on le construit par avance, il faudrait avoir le courage inouï de vivre dans « l'incertitude » du présent et du lendemain. Dans ce règne de l'incertitude, nouveau mode de *management*, qui serait donc la situation nouvelle du monde et de ses habitants, l'État serait le moins adéquat pour agir car il se situe plutôt dans la permanence, tandis que l'entreprise privée serait au contraire dans son élément naturel de la mobilité, dans cette distribution des rôles que reprend par exemple le droit de la concurrence.

Si l'incertitude devenait le principe le plus adéquat pour être le plus à même d'endurer la crise prochaine, cela contrarierait la permanence de l'État mais conforterait la règle de l'entreprise privée : le risque et la perspective de faillite sont sa loi, celle sur laquelle reposent le droit de la concurrence et la science du *management*, qui insère dans le vocabulaire juridique le vocable flatteur de « l'agilité » pour vanter ce changement permanent dans une adaptation de chaque instant, ce qui dispense d'anticiper demain.

Mais ce qui vaut pour une conception de l'entrepreneur, qui ne met en risque que lui-même et survit en s'adaptant toujours au nouveau, vaut moins pour l'entreprise, si on la définit comme un groupe de personnes, où certains décident pour d'autres et encore moins si on replace l'entreprise dans la société où celle-ci est adossée à l'État.

La crise permet alors, et c'est une de ses vertus probatoires, d'apporter la preuve que les entreprises sont composées non pas seulement d'actifs (*assets*) mais d'êtres humains, de la même façon que les techniques de compliance ne sont pas seulement des repérages de risques par des algorithmes mais encore, voire surtout, des soucis d'autrui exprimés par l'attribution à des personnes des droits subjectifs, même si celles-ci sont lointaines (comme le sont les générations futures).

Lors d'une crise de nature sanitaire, parce que les êtres humains sont directement visés (alors qu'une crise financière ne les vise que dans ses conséquences indirectes), ce sont davantage les êtres humains dans les entreprises qui sont concernés et qui agissent, la dimension humaniste du droit de la compliance pouvant ici prendre tout son sens. **La question essentielle qui se pose alors est de savoir si ce souci d'autrui n'est internalisé que parce qu'il y a crise, l'entreprise relayant l'État dans son expression et sa prise en charge de l'intérêt général, ou si ce souci d'autrui est fondamentalement partagé entre les opérateurs cruciaux privés et les autorités publiques, les**

mécanismes mis en place pendant la crise devant perdurer au-delà de celle-ci. Cela sera d'autant plus requis que la crise est toujours une situation à considérer pour penser l'avenir. Dans ce cas la crise présente vaut aussi pour prévenir la crise future : elle aiguise l'imagination, le Droit s'abreuve de textes et de cas passés et présents ; tout est expérience et leçon.

Cette alliance serait d'autant plus nécessaire, pérenne et possible que, revenant à la notion d'entrepreneur, comme Alain Supiot le demande, l'on pose que les entreprises sont composées d'êtres humains. La crise n'aurait alors joué que comme révélateur de ce qui doit être l'ordinaire de notre société, et non pas du tout comme une situation exceptionnelle qu'il convient de refermer une fois l'alarme passée, notamment « l'État d'exception » dont la « crise sanitaire » serait une déclinaison.

Si l'on met en parallèle l'épreuve de la crise sanitaire en observant la part très active qu'y prennent les entreprises et l'évolution de la notion d'entreprises – à travers l'apparition de l'« entreprise à mission », la nouvelle définition du contrat de société et la responsabilité sociétale –, l'on serait tenté de dire que **la crise sanitaire n'aura pas fait « sortir les entreprises d'elles-mêmes » (sorties de leur objet qui est de faire de l'argent) le temps de la crise, mais qu'elles auront « fait quelque chose qui ne les dépasse pas » et que la crise sanitaire a cristallisé plus vite et plus fort que l'encre de la loi Pacte ne pouvait le faire, parce que les êtres humains qui composent l'entreprise peuvent avoir comme projet de faire quelque chose qui intègre les autres et ce qui les entoure, notamment la nature et l'avenir.**

L'on peut penser que la seconde interprétation de la crise comme épreuve (« l'épreuve » comme « preuve » d'une évolution profonde, que la crise à la fois fait apparaître et dont elle accélère le mouvement) est plausible, en raison de l'évolution du droit des sociétés, qui n'est en rien dictée par le ministre de la Santé et qui n'a pas de raison de se retirer une fois la sortie de la crise sanitaire opérée.

Si l'on prend alors la crise dans sa portée probatoire et qu'on en conserve donc la leçon en regardant l'avenir, parce que le droit de la compliance est un droit *ex ante* qui vise à détecter et à prévenir la crise prochaine, l'on peut penser que la crise systémique prochaine est celle de la nature (crise dite climatique). Est-ce aux algorithmes, qui présentent certes l'avantage de ne pas réclamer de congés payés mais qui n'ont aussi ni reins ni cœur et ne peuvent appréhender l'inconnu, ou aux êtres humains, de la « gouverner par avance » ?

Ce qui est en jeu, c'est la définition du droit de la régulation et de la compliance. Cette définition apparaît en plus gros caractères lorsqu'il y a crise, puisque celle-ci agit comme une loupe. Une définition mécanique, ou procédurale, ou méthodologique, est souvent proposée du droit de la compliance : celui-ci consisterait à internaliser dans les entreprises l'obligation de donner à voir qu'elles respectent effectivement toutes les réglementations qui leur

sont applicables. À l'inverse, l'on peut estimer que le droit de la compliance n'a de sens qu'au regard de « buts monumentaux » qui justifient la puissance des instruments et contraintes et donnent un sens à cette branche du droit, qui n'englobe pas du tout l'ensemble des règles applicables aux entreprises.

Ces deux définitions sont particulièrement « mises à l'épreuve » lors d'une crise.

En effet, en premier lieu, les autorités publiques peuvent avoir des difficultés à continuer à assurer l'effectivité des normes publiques du fait même de la crise, rien ne pouvant alors se faire sans les entreprises si l'on veut que les normes publiques soient effectives alors même qu'il y a crise (I). Mais d'une façon plus dynamique, les entreprises ont pu appliquer de nouveaux mécanismes, imposés par les autorités publiques ou inventés par les opérateurs, pour atteindre des buts eux-mêmes nouveaux parce qu'issus de la crise (II). Dès lors, si l'on prend la crise non pas comme une exception dans le cours général des choses mais comme une révélation de ce qui doit être, c'est bien une alliance entre les autorités politiques et les opérateurs cruciaux que sont certaines entreprises, alliance cristallisée par le droit de la compliance, qui se serait mise en place, pour régler la crise présente et prévenir les crises futures. La crise aura alors été non plus une exception, mais au contraire un « coup d'essai », qu'il convient d'étudier comme tel, pour qu'à la prochaine crise l'on puisse soit essayer soit réussir un « coup de maître ».

I. LA PLACE DES ENTREPRISES POUR QUE SURVIVE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DE LA COMPLIANCE PAR LE SOUCI MAINTENU DE SES BUTS, ALORS MÊME QU'IL Y A CRISE

Puisque le thème étudié est celui des entreprises, et plus particulièrement des « grandes entreprises » qui sont les sujets de droit du droit de la compliance, celles-ci connaissant de fait mieux les normes juridiques que les autres personnes qui y sont soumises, l'on rappellera tout d'abord que les normes publiques qui sont édictées à l'occasion d'une crise sont mieux connues par les entreprises et que la crise ne dispense pas de leur respect, même si cela leur est coûteux, voire les désorganise (A). Mais ce qui est remarquable dans la crise sanitaire ouverte en 2020 est plutôt que les autorités politiques aient pris directement appui sur les entreprises pour que perdure l'effectivité de « buts monumentaux » du droit de la compliance, compromis par cette crise, comme la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent ou l'égalité entre les femmes et les hommes (B).

A. LES ENTREPRISES FACE AU RESPECT DU DROIT ORDINAIRE ET LA PERSPECTIVE DE HIÉRARCHIE ENTRE DES « BUTS MONUMENTAUX ORDINAIRES » ET DES « BUTS MONUMENTAUX DE CRISE »

La règle semble évidente (1). Mais lorsque la crise justifie un apport public exceptionnel (notamment financier) au bénéfice de l'entreprise pour atteindre un but monumental qu'est par exemple la sortie de la crise sanitaire, il devient moins évident de continuer à mobiliser ses moyens pour obliger l'entreprise à prendre en charge ce que l'on pourrait désigner comme des « buts monumentaux ordinaires », par exemple la lutte contre la corruption...(2).

1. En période de crise, la norme publique demeure obligatoire pour l'entreprise, sujet ordinaire de droit commun

Si l'on définit le droit de la compliance comme le fait pour les personnes juridiques non seulement de se conformer au Droit, ce qui est commun à tous les sujets de droit, mais encore de le donner à voir à tous, ce qui n'est pas exigé dans un système libéral, il est difficile dans une conception aussi mécanique de voir l'impact de la crise, parce que la situation de crise, qui est une situation de fait, ne dispense ni de se conformer au Droit ni d'être éventuellement contraint de le montrer à tous.

Le Tribunal judiciaire de Paris, puis la Cour d'appel de Paris l'ont rappelé lorsque les bailleurs ont prétendu se soustraire à la force obligatoire des contrats pour cesser de payer pour une disponibilité de locaux par ailleurs fermés par décret, les juges posant que la crise ne constitue pas un cas de force majeure dans le droit des contrats.

Également, même si l'on considère que la faillite d'une entreprise est une crise pour celle-ci, le droit de la concurrence maintient que cette situation ne justifie pas la mise à l'écart des règles ordinaires du marché. Ce caractère ordinaire des difficultés des entreprises, entraînant des rapports difficiles entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives, montre que cette situation de crise, même organisée par le Droit, ne justifie pas la soustraction au droit commun économique qu'est le droit de la concurrence. Le souci systémique d'éviter l'effet d'aubaine et l'aléa moral justifie par ailleurs cette règle. Il faut précisément une crise elle-même systémique pour que les règles ordinaires du marché concurrentiel s'écartent et que les aides d'État deviennent recevables.

2. Le cumul des prescriptions et la perspective de hiérarchisation entre « buts monumentaux ordinaires » et « buts monumentaux de crise »

Dans une étude de mai 2020, le GAFI évoque expressément « la manière dont les exigences de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme doivent être appliquées dans le contexte des programmes de

soutien économique pour les entreprises et les particuliers. Pour faciliter le traitement des demandes, certaines autorités de contrôle ont approuvé des mesures de vigilance simplifiées (y compris pour la vérification de l'identité du client) pour les opérations liées aux programmes d'aide ».

Cette affirmation peut paraître étrange dans la mesure où la crise est précisément une situation dans laquelle le risque de blanchiment est accru. Elle est pourtant justifiée par le fait que la majorité des aides, par exemple les prêts garantis par l'État, a été organisée de la façon la plus légère et la plus rapide possible pour que le système économique ne s'effondre pas : ce « but monumental de crise » justifie que le but de lutter contre le blanchiment (qui est le « but monumental ordinaire ») s'ajuste, la procédure s'allégeant parce qu'il ne devait pas bloquer l'effectivité du premier.

La hiérarchisation, qui fait passer la lutte contre le financement du terrorisme en ajustement de la lutte contre les faillites des entreprises peut surprendre, car le premier but (rattaché au droit pénal) aurait pu prévaloir sur le second (rattaché au droit économique). Mais c'est parce que le droit de la compliance est ancré dans une gestion efficace du temps : la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est affaire de long terme tandis que l'apport des aides financières devait être immédiat. L'enfer des maux globaux pouvait donc un peu attendre...

B. LES ENTREPRENEURS « EN POSITION » POUR LUTTER CONTRE L'ACCROISSEMENT DES RISQUES DU FAIT DE LA CRISE

Certaines entreprises vont cependant se distinguer. Non seulement, comme tout sujet de droit, elles vont continuer à respecter le Droit mais encore elles vont le prendre en charge parce qu'elles sont en « position » de le faire (1). Ce fut par exemple le cas en matière de blanchiment d'argent (2).

1. Le repérage des entreprises « en position » de concrétiser les buts monumentaux imposés par l'advenance de la crise

Le droit de la compliance repose sur l'usage par les autorités politiques et publiques de la puissance des entreprises, en ce qu'elles sont « placées », notamment géographiquement, là où il faut pour agir, qu'elles ont les moyens technologiques, financiers et informationnels, pour le faire. Dès lors, la crise affaiblissant les autorités publiques ou justifiant qu'elles utilisent leurs forces d'une façon imprévue à d'autres situations, situations dont d'autres se chargent usuellement ou situations nouvelles, elles peuvent requérir des entreprises que celles-ci interviennent, simplement parce qu'elles sont en position de le faire.

Sont apparues les « grandes entreprises », celles par ailleurs plus particulièrement visées par les lois spéciales de compliance, comme la loi dite « Sapin 2 » de 2016 ou la loi dite « Vigilance » de 2017, qui ne visent que les sociétés de

plus de 1 000 personnes, et sont intervenues activement non seulement les entreprises du secteur de santé (ce qui peut paraître aller de soi dans une crise sanitaire), mais aussi, par exemple, les banques, les entreprises énergétiques, les entreprises de communication ou les entreprises de transport, de stockage et de grande distribution des produits.

Si l'on cherche à donner une qualification qui engloberait toutes ces entreprises, il s'est toujours agi des entreprises portant non pas sur l'objet même, à savoir les produits médicaux, mais sur tout ce qui fait le lien. Cela renvoie en droit aux travaux notamment d'Alain Supiot sur « le lien social », qui montrent que les entreprises doivent cesser d'être pensées comme des acteurs atomisés sur des marchés et plutôt comme des groupements de personnes agissant pour maintenir dans une société ce « lien social ». Plus techniquement encore, cela renvoie aux « contrats de régulation » et aux contrats par exemple passés par l'entreprise La Poste avec les autorités locales pour que son activité économique fasse perdurer ce lien.

La question est alors de savoir si cette implication doit être limitée à la seule hypothèse d'une crise sanitaire globale ou si cela doit continuer une fois la crise finie.

2. L'exemple du maintien de la lutte contre le blanchiment d'argent, mal systémique favorisé par la crise

La crise a plongé des secteurs entiers dans le désarroi, notamment des restaurants, hôtels et cafés ayant besoin de liquidités, notamment pour ne pas licencier. L'apport de capitaux issus d'activités illicites à seule fin de les injecter dans des activités licites pour les rendre disponibles dans des activités licites, le « blanchiment d'argent », a pu se déployer plus facilement, et ce d'autant plus efficacement qu'il s'agit souvent de petites structures.

En mai 2020, le GAFI a publié une étude, *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme liés au COVID-19. Risques et réponses politiques*, pour mesurer le phénomène et décrire les mesures adoptées. L'organisme prend soin de souligner qu'aucune de ses normes n'est modifiée. Après avoir insisté sur l'accroissement des risques des diverses criminalités, contre lesquelles les outils sont en place, alors même que la pandémie affaiblit la capacité des États à utiliser ses outils de lutte (contrôle sur place) et que ces criminalités trouvent de nouvelles occasions de s'infiltrer (finance numérique), le GAFI insiste sur la « collaboration avec le secteur privé ». Craignant que les banques, très sollicitées par ailleurs, ne puissent accroître leur contrôle, le GAFI recommande aux autorités publiques d'aller elles-mêmes d'une « façon proactive » solliciter l'aide de celles-ci et d'encourager l'effectivité de leur devoir de vigilance.

Ce sont donc bien les techniques spécifiques du droit de la compliance, comme le devoir de vigilance, les audits ou les contrôles, qui doivent être

accrus, y compris pour ce qu'il convient de désigner comme les « buts monumentaux ordinaires » (ici la lutte contre le blanchiment d'argent).

L'on doit considérer qu'il en est de même pour la lutte contre la corruption. En effet, la masse phénoménale d'argent public injectée pour limiter les effets de la crise sanitaire et organiser la sortie de la crise a multiplié les occasions de fraude et de corruption. Cela a accéléré la mise en place du Parquet européen, lequel est en lien direct avec le droit de la compliance.

II. LES ENTREPRISES ACTIVES EN RAISON DE LEUR POSITION, POUR ATTEINDRE DES BUTS QUI N'ÉTAIENT PAS LES LEURS

Les entreprises privées sont donc « activées », notamment les banques qui ont été comme « mobilisées » pour mettre en place la technique des prêts garantis par l'État, les banques appréciant le besoin des entreprises d'un tel prêt pour endurer la crise, ce qui excède leur fonction (A). Plus encore a été ainsi consolidée une alliance entre les États et les opérateurs cruciaux pour atteindre des buts monumentaux, apparus pendant la crise, mais conservés après elle, constituant désormais de nouveaux buts monumentaux (B). La sécurité sanitaire et le climat sont désormais des soucis globaux définitifs.

A. LES ENTREPRISES ACTIVES POUR ATTEINDRE DES BUTS QUI N'ÉTAIENT PAS LES LEURS

Le « prêt garanti par l'État » est une invention dont la nature juridique est incertaine (1). Mais n'est-ce pas la même logique juridique que nous devons emprunter face à la crise certaine qui est devant nous : la crise climatique ? (2).

1. L'invention du « prêt garanti par l'État », alliance nouvelle de l'État et des banques pour la survie économique du pays

La garantie de l'État paraît à ce point déterminante dans l'octroi du prêt bancaire que l'on peut se demander si la banque n'agit pas comme en transparence de l'État lui-même. Certes, le ministère de l'Économie et des Finances affirme dans une « foire aux questions » que « Le prêt garanti par l'État (PGE) est un prêt qu'octroie à une entreprise ou un professionnel sa banque habituelle, en dépit de la forte incertitude économique actuelle, grâce à la garantie qu'apporte l'État sur une partie très significative du prêt. Le PGE est un prêt d'une banque à une entreprise : ce n'est pas un prêt de l'État ».

Mais le droit souple est une source du Droit qui est utilisée pour permettre aux sujets de droit visés de s'en prévaloir, soit pour en tirer des bénéfices soit pour le contester en justice. Or, il est difficile de qualifier juridiquement la technique du « prêt garanti par l'État », puisque c'est l'État qui en a fixé les

conditions mais c'est bien les banques qui en sont les cocontractantes, alors même que parfois l'État a écrit directement certaines conditions du prêt.

Cela conduit à revenir sur la définition de ce qu'est une banque... Celle-ci doit-elle recevoir une définition particulière lorsqu'elle interfère dans une crise, ou bien la crise met-elle en lumière la part de service public que l'activité bancaire contient naturellement ? L'on retrouve ici l'opposition entre la définition européenne de la banque, qui centralise les risques en accompagnant des projets d'entreprise, l'intérêt général étant toujours présent, et la définition britannique et américaine de la banque comme intermédiaire financier neutre entre des prêteurs et des emprunteurs.

Usuellement c'est le modèle bancaire britannique et américain, proche du système financier et concurrentiel, qui est favorisé. Ici c'est plutôt le modèle bancaire continental qui se prête à un support économique apporté par les banques, avec une conséquence juridique très forte : le renforcement plus grand encore du principe de solidité et de stabilité dans le temps (principe de « soutenabilité ») comme principe premier et ordinaire (et non pas seulement de crise) en articulation avec le principe de concurrence, voire en contradiction assumée avec celui-ci.

Il en résulte que tout mécanisme d'entente est bienvenu. D'ailleurs, le procédé technique de « prêts garantis par l'État », n'est-ce pas comme une entente entre l'État et les banques, pour que le pays survive, ce qui constitue la version ultime du principe de soutenabilité ?

Le droit des marchés financiers n'a pas produit une telle internalisation pour la crise sanitaire.

Mais peut-être est-il en train de le faire en ce qui concerne la prévention de la prochaine crise systémique mondiale majeure : la crise de la Nature.

2. Sommes-nous déjà juridiquement obligés de bâtir la même alliance entre autorités publiques et entreprises privées cruciales pour préserver la planète d'une plausible crise environnementale fatale ?

Prenons comme hypothèse que la prochaine crise sera au choix énergétique ou environnementale, possiblement le croisement des deux. Il est remarquable que dans l'outil central du droit de la compliance qu'est la cartographie des risques, le risque environnemental est premier. Mais aujourd'hui, ce n'est pas un risque (fait futur qui peut advenir ou ne pas advenir, à environnement constant) : c'est une crise qui va advenir, si rien n'est fait.

C'est donc une crise « entéléchiquement » présente. Le droit de la compliance doit le prendre directement en compte, et ce comme un fait déjà présent, puisque cela n'est pas une probabilité, mais un fait acquis. Le droit de la compliance doit imposer la détection de la crise future, acquise si l'on

ne fait rien, et imposer immédiatement le comportement actif présent pour que cette crise future certaine n'advienne pas.

Parce que sa prévention est à la fois une question politique, les États devant donc s'en mêler, et qu'ils ne peuvent le faire seuls, puisqu'il n'y a pas d'État mondial, les entreprises privées systémiques ayant seules la dimension globale pour prévenir et gérer un risque, puis une crise, de dimension globale, c'est bien en termes de droit de la compliance que la perspective doit être prise.

Mais, comme cela est souvent souligné, ce sont les juridictions qui rapprochent – et de force, au besoin – les États et ces opérateurs cruciaux. À ce titre, l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande le 29 avril 2021 est le début d'un renversement de perspective, qui met les États en exécuteurs des prérogatives des autres sujets de Droit, là où le Droit classique, y compris en cas de crise ouverte, mettait au contraire l'État plus encore en position d'édicter seul les normes et les buts, soumettant tous sans se soumettre lui-même

Corine Lepage souligne ce changement et estime que cet arrêt est « révolutionnaire ». Le législateur allemand avait adopté une loi de sauvegarde de l'environnement. Une loi est par nature une norme *ex ante*. La loi prévoyait des mesures dont le déroulement futur avait vocation à prévenir la crise environnementale, précisant ces mesures jusqu'à 2030. En 2025, la suite devait faire l'objet de l'adoption d'un autre texte. La loi est anéantie par la Cour, car dans l'hypothèse où rien d'efficace ne serait adopté par l'État en 2030, alors la situation environnementale serait telle que les êtres humains seraient privés de leurs libertés (qui peut encore être dit « libre » sans un environnement « vivable » ?) et privés de leurs droits fondamentaux.

Ainsi, parce qu'en *ex ante* l'on sait déjà les résultats que l'État allemand doit au minimum obtenir en 2030 pour que les êtres humains puissent encore vivre (la notion de « vie décente » est ici sous-jacente), il est de l'obligation constitutionnelle de l'État de ne pas prétendre adopter une loi préservant l'avenir, alors qu'elle ne le fait pas.

L'on peut formuler cinq observations :

- En premier lieu, la crise est ce qui guide les normes publiques (ici la loi) et non pas la crise présente, mais la crise future, parce qu'on en connaît déjà la dimension ; c'est une pleine logique de « droit de la compliance environnementale et climatique » !
- En deuxième lieu, la crise future donne non seulement des pouvoirs à celui qui édicte des normes publiques, mais elle lui donne aussi des obligations de les édicter (ici faute de l'avoir fait, la loi est annulée, car insuffisamment forte et engageante).
- En troisième lieu, ce n'est plus la norme étatique qui se place en superviseur de l'opérateur privé, c'est le juge qui, dans le cadre de la « justice climatique », se place en « *ex ante* » de tous les autres.

- En quatrième lieu, pour organiser un tel « plan » (c'est bien la logique du « plan » que l'on retrouve), l'État devra compter sur une alliance directe avec les entreprises pour concrétiser un tel but, et ce sous la supervision (inattendue) des juridictions, notamment constitutionnelles. En cela, la loi française « sur la transition énergétique » de 2015 aura été précurseur. De la même façon que les techniques incitatives comme les certificats d'économie vont se développer.
- En cinquième lieu, la base de cette évolution est la puissance des « libertés et droits fondamentaux des êtres humains ». C'est donc pour préserver ceux-ci (et non seulement pour garantir l'efficacité des systèmes) que le droit de la compliance va se déployer.

À travers cet arrêt extraordinaire, qui exprime une évolution remarquable, l'on retrouve exactement la définition du droit de la compliance : une alliance entre les autorités politiques et les entreprises, opérateurs cruciaux en position de concrétiser des buts monumentaux, notamment la prévention des crises systémiques futures afin de préserver les droits des êtres humains.

B. LES ENTREPRISES ACTIVES POUR EXPRIMER DES BUTS QUI N'ÉTAIENT PAS LES LEURS : L'ALLIANCE ENTRE LES ÉTATS ET LES OPÉRATEURS CRUCIAUX POUR QUE NAISSENT DE NOUVEAUX BUTS MONUMENTAUX, REQUIS PAR LA CRISE ET CONSERVÉS APRÈS ELLE

Cette apparition grâce à la crise de nouveaux buts monumentaux est particulièrement visible en matière d'information (1), ce qui fait évoluer d'une façon majeure le droit des sociétés (2).

1. La crise comme leçon de l'alliance entre prétention politique et raison d'être des entreprises cruciales : l'exemple de la place et du rôle des entreprises cruciales sur l'information

Pendant la crise, et c'est le sujet juridique majeur de « l'état d'urgence » et du maintien des libertés publiques, les autorités publiques peuvent davantage intervenir en matière d'information. Nous avons vu que les entreprises privées sont « en position » de diffuser l'information médicale, voire d'éduquer.

L'enjeu majeur est de dire s'il doit s'agir d'une « alliance de circonstance », qui aurait justifié qu'un temps les entreprises d'information provoquent elles-mêmes de l'information et la contrôlent, par exemple à propos des vaccins, ou s'il fallait qu'au-delà de cette crise les opérateurs conservent cette obligation d'information, voire ce devoir pédagogique.

Cette question, de nature à la fois politique (c'est la question de la liberté dans son rapport à la vérité et à l'opinion), économique (l'information est le premier des marchés) et juridique, a été posée, car si nous n'avons pas encore

atteint la prochaine crise environnementale, nous avons sans doute déjà eu la première crise politique du discours de haine, à travers les événements du Capitole aux États-Unis, dont l'on observe aujourd'hui les suites juridiques.

Les « discours de haine » font l'objet d'un système de droit de la compliance, puisque c'est aux opérateurs cruciaux, notamment aux entreprises qui organisent des espaces virtuels d'émission et d'échange où la haine et la désinformation peuvent circuler comme des virus mortels.

Or, Facebook, lorsque le comportement d'un citoyen américain, Donald Trump, a eu un effet causal sur ce qui est apparu comme une crise politique majeure, a considéré qu'il avait pour fonction d'empêcher la diffusion des discours de haine. Il a donc exercé un pouvoir de sanction, rendant effectif ce « but monumental » que cette entreprise, ainsi que sa filiale, Instagram, s'était fixé dans ses « règles de communauté », en supprimant le compte. Devant la protestation face à cet acte que l'on pourrait qualifier d'« autorité publique », puisque l'entreprise avait frappé le Président des États-Unis, à partir d'une norme qu'elle avait elle-même élaborée au nom de valeurs qui lui sont propres, faites d'une accumulation de griefs sérieux pour qui veut bien adhérer à la distinction entre l'État (et son monopole de la violence) et une entreprise (qui doit rechercher le profit, c'est-à-dire ne pas prétendre régenter les autres, notamment pas quelque soit l'endroit où ils se trouvent).

Facebook a donc saisi son *Oversight Board*, souvent qualifié de « Cour suprême » de Facebook. Ne nous arrêtons pas ici sur la question de sa qualification, arrêtons-nous plutôt sur la remarquable décision rendue par cet organe le 5 mai 2021. Elle est entièrement une décision non pas de « sanction » de la sanction prise par Facebook, mais de droit de la compliance. En effet, l'*Oversight Board* pose en premier lieu que cette suspension était légitime en raison de la personnalité du titulaire du compte et de la teneur de ses messages, lesquels ont eu un rôle dans la réalisation d'événements politiques insurrectionnels contre le Congrès américain. Voilà pour le passé, mais la décision porte avant tout sur le futur. En effet, l'*Oversight Board* indique que l'on ne peut exclure pour toujours : il pose que dans 6 mois, Donald Trump pourra être de retour. Mais par ailleurs il appartient à une catégorie particulière de personnes, dont les propos ont une grande influence sur les personnes. Ce statut implique une supervision particulière.

Dans l'équivalent de ce qui est un « programme de compliance », l'organisme propose (c'est-à-dire exige) que Facebook mette en place pour toute cette catégorie que l'on pourrait qualifier d'« influenceurs politiques » un suivi, avec notamment des groupes d'experts, pays par pays, car c'est à partir des personnes susceptibles d'être impactées et de réagir que l'entreprise doit prendre la bonne décision (par exemple exclure). Des groupes d'experts doivent donc être constitués pour superviser ces comptes, qui constituent par nature un risque systémique.

Ainsi l'entreprise privée devient un « superviseur » de second niveau non plus seulement pour gérer une crise ouverte (l'insurrection) mais pour empêcher la suivante. Voilà exactement comment prévenir une crise systémique numérique provoquée par les discours potentiellement néfastes des influenceurs.

Mais ce souci nouveau internalisé dans l'entreprise – et le pouvoir qui va avec, pouvoir lui-même immédiatement structuré par le Droit – qui dépasse donc l'entreprise privée (car Facebook n'était pas constituée pour lutter contre la haine...) justifie qu'au-delà du cas particulier et qu'au-delà de la crise particulière, l'on revoie la définition même de l'entreprise et ce qui juridiquement l'exprime : la société commerciale.

Et c'est ce que le droit français et européen est en train de faire.

2. L'évolution du droit des sociétés

En effet, l'entreprise est en droit positif en train de réapparaître sous la personne morale, qui ne serait plus que l'instrument juridique par lequel l'entreprise peut entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire s'engager, en passant des contrats, et être engagée, notamment en étant déclarée responsable. La notion d'engagement étant centrale en droit de la compliance pour que l'avenir puisse n'être pas une catastrophe, c'est à la fois la personne morale qui est au cœur de la compliance, notamment dans l'aptitude nouvelle de déclarer la transmission de la responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion, la règle spécifique de « l'identité réelle » et la volonté d'une culture de compliance dans l'entreprise, définie comme un groupe d'individus.

Le droit des sociétés est profondément renouvelé en intégrant dans la finalité des règles les notions d'information du marché, des investisseurs et des associés, ces points de contacts ainsi établis entre l'intérêt collectif dans l'entreprise rendant plus facile l'articulation avec l'intérêt général, qui demeure au cœur des normes publiques.

D'une façon plus générale et en **conclusion**, la crise montre, non pas d'une façon exceptionnelle mais pérenne, l'unité substantielle du droit public et du droit privé dans le droit de la compliance.