

# Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale<sup>1</sup>

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

*Agrégée des Facultés de Droit,*

*Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Les « outils de la compliance » sont très divers. S'il a été choisi de traiter ici plus particulièrement du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance, ces mécanismes-là plutôt que d'autres, et de les réunir tous deux, bien qu'issus de lois différentes – le lancement d'alerte étant issu de la loi dite « Sapin 2 » de 2016, recopié du droit américain, tandis que l'obligation de vigilance, apparue dans la loi dite « Vigilance » de 2017, est une invention du législateur français désormais recopiée par d'autres – c'est parce qu'ils présentent une unité au regard du sujet spécifique ici retenu, à savoir « la compétitivité internationale » – compétitivité internationale des entreprises et compétitivité internationale de la zone économique et du système juridique dont elles relèvent économiquement, les deux étant indissociables : cette unicité vient du fait que ce sont deux mécanismes qui font sortir de l'information.

Sur ordre de ces deux lois, l'entreprise va non seulement cesser d'ignorer ce qu'elle recouvrait peut-être du mouchoir que Tartuffe lui tendait ou qu'une conception traditionnelle du droit des sociétés lui permettait légitimement d'ignorer, mais encore, elle va désormais elle-même rechercher la vérité plus profondément et au loin, incitant ceux qui la détiennent à la lui transmettre

---

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/devoir-de-vigilance-lancement-dalerte-et-competiti/>

(lanceurs d'alerte), allant elle-même au plus près de là où il y a un risque (devoir de vigilance, voire obligation de vigilance). En cela, l'un sous une forme subjective, le personnage du lanceur d'alerte, et l'autre sous une forme objective, l'obligation de regarder, l'unité est très forte.

Il ne s'agit pas ici d'examiner si cette révolution, que le droit de la compliance provoque dans le système juridique, est d'une part légitime et d'autre part effective, mais d'essayer de mesurer ce qu'il en est au regard de la « compétitivité internationale ».

Est-ce que ces deux mécanismes nouveaux, qui accroissent l'information sur ce qui se passe, handicapent l'entreprise en compétition par rapport à des entreprises qui n'y sont pas soumises ? C'est souvent présenté ainsi. Est-ce que cela est neutre ? Ou est-ce que cela pourrait leur être favorable ?

Au-delà des généralités comme quoi il serait toujours profitable de respecter le Droit, comme il serait toujours coûteux de risquer une condamnation pour ne pas l'avoir fait, c'est plutôt par un examen des deux instruments techniques pris en tant que tels et sous le seul angle économique que l'on peut avancer.

Le droit de la compliance sera donc ici examiné à travers ses deux instruments techniques précités, pour mesurer si leur effectivité doit avoir aussi pour coût une compétitivité moindre des entreprises qui doivent les respecter et les mettre en œuvre. S'il devait en être ainsi, dans un martyre de la vertu, l'on pourrait encore l'assumer, parce que les autorités publiques, voire les entreprises, peuvent exprimer la prétention de défendre un certain modèle de société. Ce modèle de société devrait être défendu « à tout prix », ou à tout le moins pouvant justifier un « certain prix ». Mais même la première partie de l'assertion – selon laquelle les mécanismes de l'alerte et de la vigilance seraient économiquement défavorables pour les entreprises qui les mettent en place face à des compétiteurs internationaux non astreints – n'est pas acquise.

On entend certes souvent la plainte selon laquelle les autorités publiques fixent, par ce qui serait un mélange de naïveté et de suffisance, des prétentions immenses, comme la protection des êtres humains, la solidarité, la transition énergétique, l'évitement de la crise climatique tandis que ce serait aux entreprises de signer la facture correspondant à un tel menu.

Le principal reproche n'est pas le coût en soi mais le fait que le bénéfice ainsi produit bénéficie à tous alors que le coût n'est supporté que par quelques-uns, les charges de compliance étant supportées par des opérateurs en compétition avec d'autres opérateurs qui non seulement ne contribuent pas à cette charge, mais encore bénéficient des effets produits, par exemple en matière climatique. D'une façon générale, l'action contrainte de quelques entreprises assujetties produit des bénéfices communs, bénéficiant à d'autres qui n'ont pas fait d'investissements, alors que tous sont compétiteurs.

Le droit de la compliance favoriserait donc des comportements de passagers clandestins dans ce véhicule normatif au sein duquel un siège a donc été offert par le système juridique local aux entreprises étrangères en compétition avec les entreprises locales.

Plus encore, cela dépasserait la distorsion de concurrence, si souvent dénoncée, pour aller vers le suicide concurrentiel. En effet, il n'y a pas seulement le fait de subir un coût que les autres ne subissent pas (distorsion de concurrence), il s'agirait encore de fournir aux autres des informations sur soi-même, des informations sur ses faiblesses, ce dont bénéficient les autres, autres qui restent quant à eux opaques. Il faudrait alors dénoncer un système juridiquement masochiste... C'est en cela que l'expression de « suicide concurrentiel » serait adéquate.

Mais ce constat ne doit pas être opéré d'une façon à ce point générale et abstraite.

En effet, si l'on en reste ici à ce qui est commun au lancement d'alerte et à la vigilance, deux mécanismes juridiques qui suscitent et organisent l'émergence et la transmission adéquate de l'information pour l'exploitation pertinente de celle-ci, il faut distinguer d'une part la détection de l'information et d'autre part le partage de l'information. Si l'on détaille la façon dont le lancement d'alerte est organisé (1), la perspective de compétitivité est plutôt concernée non pas par l'extraction de l'information, mais plutôt par la façon dont elle est partagée. En effet, l'entreprise au sein de laquelle le législateur a imposé une possibilité de lancement d'alerte, découvrant ainsi des failles qu'elle ignorait, sa puissance en est au contraire confortée, ce qui la renforce dans la compétition internationale.

Certes, si cela est su à l'extérieur, ce partage de l'information entre l'interne et l'externe pourrait constituer une faiblesse, sauf à ce que les tiers accordent à l'entreprise une récompense pour une telle démocratie interne, ce qui ne semble pas avéré. Mais la perspective de cet effet négatif externe constitue une incitation pour l'entreprise à régler elle-même, et précocement, toute difficulté qui vient à sa connaissance avant qu'elle ne soit portée à la connaissance de tous, ce qui rejoint le *but monumental* de la compliance : cela validait dans la version initiale de la loi dite « Sapin 2 » de 2016 le choix législatif d'une alerte d'abord en interne, c'est-à-dire confidentielle, puis dans un second temps seulement la possibilité de faire une alerte externe lorsque les responsables internes n'avaient pas agi d'une façon efficiente.

Le fait que la législation évolue en la modification apportée en 2022 à la loi « Sapin 2 » pour ne plus imposer l'alerte interne avant l'alerte externe a pu paraître pour beaucoup comme la principale modification de la loi : en réalité, elle ne modifie pas cette incitation sur l'entreprise à favoriser l'alerte interne, au contraire. La mise en place d'une option, l'informé pouvant dès le départ choisir entre l'alerte interne et l'alerte externe, encourage l'entreprise

à l'inciter à préférer la première à la seconde. Ce n'est qu'en cas d'échec de l'un et/ou de l'autre que la façon de la « divulgation publique », c'est-à-dire la communication aux médias, est possible.

La perspective est opposée lorsqu'on examine le devoir de vigilance. S'il s'agit toujours pour l'entreprise d'extraire de l'information qu'elle ne connaissait pas, la différence fondamentale est que l'information pertinente dont il s'agit n'est pas située directement en son sein, mais dans ses filiales ou dans les entreprises auxquelles elle a « donné des ordres », c'est-à-dire, chez des tiers qui souvent dépendent d'elle et dont elle répond personnellement.

La perspective peut alors s'inverser.

En effet, dans la perspective de la compétitivité internationale, il ne s'agit plus de veiller à ne pas diminuer celle de l'entreprise quant à l'information extraite, en cantonnant celle-ci à l'intérieur de l'entreprise (comme dans le lancement d'alerte) ; tout au contraire, il s'agit d'activer la puissance que recèle le devoir de vigilance pour extraire des informations dans des entités qui sont pourtant sous un autre ciel juridique que celui dont relève l'entreprise obligée par le devoir de vigilance (II).

Dès lors, le devoir de vigilance, puisqu'il implique de par la loi, pour l'entreprise assujettie, toute la puissance nécessaire afin de remplir le devoir imposé, permet à cette entreprise d'obtenir des informations, voire d'imposer, notamment par une clause contractuelle, à son tour, au nom de sa responsabilité personnelle, des obligations de compliance à des partenaires économiques qui sont pourtant sujets de droit de systèmes juridiques qui ne prévoient pas de telles contraintes. Le contrat aura au passage transformé le devoir général en obligation particulière.

C'est ainsi que la compétitivité internationale est accrue grâce aux pouvoirs que lui confère le système juridique par des obligations qui leur donnent des pouvoirs de capter des informations en leur sein et à l'extérieur, pouvoirs qui excèdent largement les frontières juridiques des systèmes de droit dont elles sont les sujets.

## **I. ACCROISSEMENT DE L'INFORMATION DE L'ENTREPRISE GRÂCE AU LANCEMENT D'ALERTE ET AU DEVOIR DE VIGILANCE, PROPICE À SA COMPÉTITIVITÉ INTERNATIONALE**

Avant de confronter le lancement d'alerte avec l'impératif de compétitivité internationale, il faut définir le lancement d'alerte. Cette définition est essentielle car elle donne les contours de la protection légale qui ne doit viser qu'au lanceur d'alerte, ne devant pas par exemple bénéficier à celui qui organise des fuites dans les médias. Puisque le lanceur d'alerte est comme un personnage

de roman ou de film, celui qui organise des fuites est souvent assimilé à un lanceur d'alerte et réclame de ce fait une protection qui n'est pourtant légalement due qu'à celui-ci. Cela est d'autant plus répandu que de nombreuses personnes ayant organisé des fuites massives de documents internes au bénéfice direct de médias, ce qui est une divulgation et non pas un lancement d'alerte, ne cessent de se présenter comme des « lanceurs d'alerte », les médias reprenant cette formule, qui ne correspond pourtant pas à la qualification juridique.

En effet, en Droit, la divulgation est un stade qui vient chronologiquement après l'alerte et n'est pas de droit : ce n'est qu'en cas d'échec de l'alerte, parce que l'organe auquel l'information a été transmise n'en a pas fait un usage adéquat, qu'il s'agisse d'une alerte interne ou d'une alerte externe, qu'une divulgation est possible.

## **PRÉALABLE. PRÉSENTATION DE L'ORGANISATION LÉGALE DU LANCEMENT D'ALERTE**

Comme le font avec soin les diverses lois, il faut distinguer le lancement d'alerte de la divulgation d'information, ce que l'on confond très souvent. Les lois les distinguent pourtant avec soin (1). Cette distinction était déjà présente dans la loi du 9 décembre 2016 (dite « Loi Sapin 2 »), elle a été renforcée dans la loi du 21 mars 2022, qui transpose la Directive européenne de 2019 (2).

### **1. Distinguer le lancement d'alerte de la divulgation publique**

Le lancement d'alerte consiste pour une personne ayant en sa possession une information non partagée (ce qui pourrait correspondre en droit financier à la situation de l'*initié*) à transmettre celle-ci à un organe qui en fera l'usage adéquat, qu'il s'agisse d'un organe au sein de l'entité dans laquelle il est lui-même (entreprise, autorité publique, association) ou d'un organe à l'extérieur de cette entité, selon l'option désormais offerte par la loi du 21 mars 2022 entre l'alerte interne et l'alerte externe. Si l'organe auquel l'information est transmise n'en fait pas un usage adéquat, alors – et alors seulement – le lancement d'alerte peut se transformer en « divulgation publique », devenant ainsi partagée avec tous, par exemple grâce à une communication massive, par le numérique, la presse écrite ou d'autres médias.

Le lancement d'alerte protégé par le Droit est donc le contraire de la validation des « fuites » : même si éventuellement celles-ci se justifient, le régime juridique de la protection du lanceur d'alerte ne devra pas s'appliquer.

### **2. De la loi du 9 décembre 2016 à la loi du 21 mars 2022**

Même si le législateur français n'est pas parvenu à faire un seul système général de lancement d'alerte, laissant par exemple persister d'une part l'obligation d'une transmission d'information à propos de la déclaration de

soupçon dans la lutte contre le blanchiment d'argent et d'autre part le lancement d'alerte autonome en matière de santé publique et d'environnement auprès de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement (cnDAspe) mise en place en 2013, le principal dispositif est celui organisé par la loi dit « Sapin 2 » qui en 2016 définissait ainsi le personnage dans son article 6, al. 1<sup>er</sup> (certaines mentions y sont mises en caractères gras par nos soins) :

« Un lanceur d'alerte est une **personne physique qui révèle ou signale**, de manière désintéressée et de **bonne foi**, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

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 sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre. »

Les hésitations jurisprudentielles, sans doute dues au fait qu'en Europe l'on ne sait toujours pas si ce personnage relève du héros, voire du martyr, ou de l'agent de la légalité qui, pour des raisons obscures et plus ou moins avouables, rend service au système, les tribunaux se perdant dans ce que peut signifier « être désintéressé et de bonne foi », ont conduit le législateur français à modifier la loi à l'occasion de la transposition en droit français de la directive du 23 octobre 2017, cet article 6, alinéa 1<sup>er</sup> a été modifié par la loi du 21 mars 2022 disposant désormais :

« Un lanceur d'alerte est une **personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi**, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. **Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance.** »

L'article 3 intégré par référence dans cet article 6 qui définit le lanceur d'alerte légalement protégé, vise quant à lui :

« Les personnes physiques [...] qui ont obtenu, dans le cadre de leurs activités professionnelles, des informations mentionnées au I de l'article 6 et portant sur des faits qui se sont produits ou sont très susceptibles de se produire dans l'entité concernée, peuvent signaler ces informations

par la voie interne, dans les conditions prévues au B du présent I, notamment lorsqu'elles estiment qu'il est possible de remédier efficacement à la violation par cette voie et qu'elles ne s'exposent pas à un risque de représailles de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de ces cocontractants et sous-traitants, ainsi qu'aux membres de leur personnel. »

À lire la proposition à l'origine de la loi de transposition, il s'agissait davantage de stabiliser le sens du texte en mettant les points sur les i de sa lettre, car si la loi nouvelle modifie un peu ce personnage, ces traits principaux demeurent les mêmes que ceux dessinés par la loi de 2016, traits repris dans la Directive européenne de 2019.

D'ailleurs, si la loi n'a pas modifié le séquençage dans le temps du lancement d'alerte entre l'information portée à l'intérieur de l'entreprise et l'information directement à l'extérieur de l'entreprise, ce qui impacte la conception que le législateur a du rôle de l'entreprise en la matière, les travaux parlementaires montrent que la conception du personnage du lanceur en Europe reste en 2022 la même que celle exprimée en 2016, d'ailleurs partagée par le droit de l'Union européenne dans la Directive de 2019 : un héros, mû par son sens du devoir moral.

En effet, si la personne qui révèle un dysfonctionnement ou une faute correspond à cette définition héroïque, elle accède alors au « statut légal » du lanceur d'alerte et bénéficie d'une protection organisée par la loi, notamment en ce que l'entreprise ne pourra pas se retourner contre elle. L'on pourrait donc considérer, et cela fut souvent dit, que l'entreprise nourrit en son sein une vipère qui l'affaiblit en mettant en pleine lumière ses turpitudes, ce qui explique que les dommages que lui cause le lanceur d'alerte soient justifiés et couverts par la loi d'une irresponsabilité non seulement civile mais pénale.

Les détracteurs de la loi estiment que ce pouvoir d'alerte ne pourrait donc qu'affaiblir l'entreprise par rapport à ses concurrents, notamment ses concurrents étrangers, que leur système juridique n'expose pas à de telles mésaventures. Ce grief d'atteinte à la compétitivité des entreprises prend de l'ampleur, du fait que la modification du système légal initial de 2006 a été modifiée par la loi de 2022 et offre désormais, à celui qui veut lancer l'alerte, qu'il peut le faire directement à l'extérieur de l'entreprise et non plus nécessairement dans un premier temps en communiquant l'information à l'intérieur de celle-ci. Le système légal offre ainsi au titulaire de l'information une option entre l'alerte interne et l'alerte externe. Ce n'est que si l'une ou l'autre échoue qu'il peut passer à une autre pratique : non plus l'alerte mais la « divulgation », c'est-à-dire la communication dans les médias par exemple.

Mais cette critique faite à l'aune de l'impératif de compétitivité internationale des entreprises n'est pas fondée.

Il faut poser au contraire qu'en concevant ce mécanisme, le système juridique, notamment français, même dans son ajustement opéré en 2022, prend en considération la compétitivité, souci général dont tant de rapports se font l'écho, en demandant au système juridique de l'intégrer, voire de la servir. Le fait que le lancement d'alerte est plus largement et depuis plus longtemps mis en place aux États-Unis, dont l'alliance entre le Droit et le libéralisme est plus fortement posée, est d'ailleurs un indice de l'alliance naturelle entre libéralisme économique et mécanisme de lancement d'alerte.

En effet, le mécanisme du lancement d'alerte l'intègre : en ce qu'il permet aux « responsables », c'est-à-dire à ceux qui ont pour fonction dans l'entreprise de « répondre » et de « décider », de découvrir dans leur entreprise ce qu'ils ne connaissaient pas, ce qui accroît leur aptitude à affronter leurs concurrents (A). Cela montre alors l'erreur du législateur français de n'avoir pas admis l'incitation financière et, en revanche, ce qui était la pertinence de son choix dans le mécanisme initialement choisi en 2016 en ce qui concerne les deux temps du lancement d'alerte, d'abord en interne, puis en externe s'il s'avère que l'information transmise n'est pas utilisée à bon escient, perspective constituant une forte incitation à l'action immédiate. L'incitation est donc forte pour que cette articulation en deux temps demeure grâce à la promotion que l'entreprise elle-même doit en faire, la loi de 2022 ayant élaboré un système très compliqué pour articuler alerte interne et alerte externe, à visée principalement probatoire (B).

#### **A. LE REFUS DU DROIT EUROPÉEN ET FRANÇAIS DE TIRER TOUTES LES CONSÉQUENCES DU BÉNÉFICE TIRÉ PAR L'ENTREPRISE DU LANCEMENT D'ALERTE**

L'on doit considérer qu'une entreprise a toujours intérêt à savoir ce qui se passe en son sein. C'est pourquoi le droit de la compliance, en ce qu'il vise à faire sortir de l'information, converge avec les sciences de gestion et du management, qui elles-mêmes visent à mettre à disposition de l'entreprise les informations pertinentes pour décider au mieux de ses intérêts et pour concevoir au mieux une stratégie qui lui soit propre. C'est ainsi, par exemple, que le mécanisme de l'audit de compliance est dans la continuité des audits de gestion.

Il faut donc inciter celui qui a l'information et qui ne peut pas en faire directement bon usage, parce qu'il n'a pas le pouvoir requis (il n'est pas manager), à la transmettre à celui qui est en position de le faire : le « responsable ». Celui-ci le fera, par exemple, en licenciant celui qui a commis un abus de marché ou un harcèlement, ou/et en réorganisant le service.

Le législateur français n'a pas raisonné en ces termes d'incitations, ni en 2016 ni en 2022, ne produisant pas d'incitation sur le premier titulaire de l'information, puisque cette transmission n'est pas récompensée (1). Cela tient

à une conception du lanceur d'alerte qui, selon la conception française, ne devrait avoir comme récompense que le sentiment d'avoir bien agi, l'idée même d'une contrepartie financière n'étant toujours pas admise... (2).

**1. L'erreur constante du législateur français de ne pas inciter pleinement l'informé à transmettre l'information au responsable interne, pourtant bien placé pour en faire un usage adéquat**

Le lancement d'alerte est donc bénéfique pour la compétitivité d'une entreprise puisqu'il réduit l'asymétrie d'information au bénéfice du manager. Pour cela, le Droit doit inciter celui qui a l'information à la révéler.

Or, le portrait que le législateur français a fait du lanceur d'alerte est proprement celui d'un « héros ». C'est le portrait qu'il a fait de lui dans la loi dite « Sapin 2 » de 2016 et c'est encore celui qu'il trace dans l'exposé des motifs de la proposition qui aboutit à la loi du 21 mars 2022, les dessinant ainsi : « les lanceurs d'alerte représentent un garde-fou démocratique et citoyen dans nos États de droit, notamment sur des enjeux majeurs comme la lutte contre la corruption, les atteintes à l'environnement, ou les questions de libertés individuelles. ».

*De jure*, il devrait donc s'agir d'un « acte citoyen », éclairé par une ambition éthique animant, d'une part, le lanceur d'alerte lui-même, qui agit par conviction morale, et d'autre part, le système juridique visant à servir la démocratie et non pas d'un calcul d'intérêt personnel pour le lanceur d'alerte, ni d'une protection systémique de la part de l'autorité publique, ce qui rejette non sans contentement la perspective américaine. C'est pourquoi la loi française, même si la notion juridique de « désintéressement » est éliminée parce que techniquement trop incertaine, continue d'exclure toute rémunération directe.

La seule raison pour agir, pour se mettre en danger, est donc la vertu et le sens du bien commun, la puissance du Droit, telle que conçue par le législateur, n'intervenant qu'en *ex post* pour protéger le lanceur d'alerte de la pluie d'ennuis que son acte citoyen lui apporte.

La dimension vertueuse du lancement n'est certes pas exclue, mais ce sens du bien commun menant au sacrifice de soi ne fonctionne pas sur tous, surtout si la personne possède l'information initiale du fait dommageable, peut-être constitutif d'un manquement à la loi, parce qu'elle y a elle-même participé.

En effet, si la loi organise une « irresponsabilité », y compris pénale, c'est uniquement celle qui consiste, *ex post*, à protéger le lanceur d'alerte des conséquences de son lancement, notamment en ce qu'il peut avoir méconnu des secrets protégés ou d'autres règles ou engagements, y compris contractuels ; elle n'offre aucune protection visant un comportement antérieur au lancement, notamment si le fait révélé constitue un délit, un manquement ou un acte engageant la responsabilité du lanceur lui-même.

La directive européenne ayant laissé aux États membres leur marge d'appréciation sur cette question, le système français continue de refuser d'insérer l'incitation triviale de la récompense financière, les commentaires continuant de désigner souvent par l'appellation méprisante de « chasseur de primes » celui qui rend ainsi service à l'entreprise qui, enfin informée, peut s'engager dans une réforme interne.

C'est notamment regrettable pour la prévention et la sanction des abus de marché financier, alors même que les abus de domination sur les marchés concurrentiels de biens et services peuvent donner lieu à un mécanisme de « clémence », ce qui correspond techniquement à cette récompense. Cela ne va pas non plus dans l'évolution générale du droit de la régulation bancaire, puisque le droit de l'Union bancaire lie expressément le droit des sanctions des abus sur les marchés financiers (manquements d'initiés, manipulations d'instruments financiers, diffusions de fausses nouvelles) et l'efficacité de la prévention de ces abus par une bonne information des marchés et une forte supervision de ceux-ci, c'est-à-dire un très fort droit *ex ante* de la compliance centré sur l'information.

## **2. L'obstacle de la dualité de conceptions du lanceur d'alerte entre l'Europe et les États-Unis**

La dualité de conceptions renvoie à une vision, peut-être inconciliable, du lanceur d'alerte, entre l'Europe continentale et les États-Unis, illustrant leur rapport différent à l'argent.

Seule, parce que sans doute plus proche des réalités du monde et de l'âme humaine, l'autorité de la concurrence lie le fait d'apporter une information, éventuellement sur la forme d'un programme de compliance, qui intègre usuellement un mécanisme d'alerte au sein de celui-ci, à une récompense sous la forme d'une clémence qui est alors accordée, comme l'a réaffirmé le document-cadre de l'autorité du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité en droit de la concurrence.

Ce refus de récompense est regrettable. Il est plus vaste, comme le montre la réprobation de la convention judiciaire d'intérêt public, souvent qualifié, sous forme de reproche moral, de « privatisation de la répression », voire « d'achat de la sanction » par l'auteur du manquement.

En revanche, le système retenu en France en 2016 de deux alertes nécessairement successives, d'abord interne puis, éventuellement, externe, était une très bonne incitation pour les entreprises au regard de la compétitivité, car l'entreprise est alors maîtresse de son choix de ne pas passer à cette sorte de « phase 2 », laquelle consiste pour le lanceur d'alerte à passer l'information au public, si l'entreprise décide de faire bon usage de l'information, c'est-à-dire d'agir ponctuellement sur le cas dénoncé et sans doute d'améliorer son fonctionnement, qui a rendu possible ce cas délétaire.

Initialement écarté en partie dans la proposition de loi de transposition de la directive, ce système a été en partie restauré dans la loi adoptée en mars 2022, d'une façon plus nuancée mais efficace.

## **B. L'ENTREPRISE, LÉGALEMENT INCITÉE À ÊTRE LA SEULE BÉNÉFICIAIRE DU LANCEMENT D'ALERTE**

Les systèmes de lancement d'alerte fonctionnent encore différemment, non plus dans le profil du lanceur d'alerte mais dans celui qui est alerté, le droit français ayant d'abord opté, en 2016, pour un système obligatoirement en deux temps, infléchi en 2022 (1), ce qui produit une incitation heureuse sur l'entreprise (2). Mais le législateur de 2022 continue de ne pas mettre d'incitation à agir sur celui qui, informé, peut lancer l'alerte (3). Parce qu'il proclame qu'il agit, et ne doit agir, que par vertu, hypothèse que le droit américain de la compliance ne partage pas (4).

### **1. Incitation à double détente : l'incitation légale faite sur l'entreprise à encourager l'informé à opter pour l'alerte interne afin de capter l'information qui la concerne**

En 2016, le droit français différait d'autres systèmes, notamment américain, en ce qu'il prévoyait un lancement d'alerte qui devait être obligatoirement opéré en interne. Cette contrainte résultait de l'article 8 de la loi dite « Sapin 2 » dans sa rédaction de 2016 :

« I. – Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

II. – En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.

III. – Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

IV. – Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte. »

En transposant la directive de 2019, la loi de 2022 a adopté un modèle plus souple, superposant à l'alerte interne la possibilité immédiate d'une alerte externe. Mais même dans le système modifié, deux temps demeurent, puisque le premier temps demeure celui de l'**alerte** (interne et externe) et ce n'est qu'en cas d'échec de celui-ci que l'on passe au stade de la **divulgarion** publique, celle qui, s'adressant à tous, est vraiment délétère pour la réputation de l'entreprise.

En outre, dès 2016, les modalités de l'alerte pouvaient être facilitées si l'entreprise était sujette à l'obligation de mettre en place une structure d'alerte interne (Art. 8. III de la loi).

C'est donc une amélioration et non un changement de système que la loi de 2022 met en place, par l'insertion d'un article 7-1 dans la loi de 2016, qui superpose l'accès à l'alerte externe en ces termes :

« Art. 7-1. – Les lanceurs d'alerte définis au I de l'article 6 bénéficient des protections prévues au présent chapitre :

1° Si, ayant eu connaissance des informations concernées dans le cadre de leurs activités professionnelles, ils adressent un **signalement interne** dans les conditions prévues au I de l'article 8 ;

2° S'ils adressent un **signalement externe dans les conditions prévues au II du même article 8, après avoir adressé un signalement interne ou directement ;**

3° S'ils procèdent à une **divulgarion publique**, dans les conditions prévues au III dudit article 8.

Cette rédaction lourde et pointilleuse, opérant par multiples renvois, se retrouve également dans l'article 8, le destin des lois semblant de devenir obèses tant on ne parvient plus à distinguer la loi du réglementaire.

Il sera d'autant plus difficile à comprendre et donnera plus encore lieu à dispute pour son interprétation (par exemple, qu'est-ce que des « faits très susceptibles de se produire » par rapport à des « faits susceptibles de se produire » ?).

La loi de 2016 dispose désormais, dans son article 8 que « Tout lanceur d'alerte [...] peut également adresser un signalement externe, soit après avoir effectué un signalement interne [...], soit directement ». C'est en l'absence de réaction appropriée dans un délai fixé qu'il peut passer au stade de la « divulgation publique ».

L'usage du verbe pouvoir fait davantage penser à la qualification du lancement d'alerte comme un « pouvoir » que comme un « droit subjectif ».

Le changement opéré par le législateur en 2022 n'est pas si radical par rapport au texte législatif de 2016, car tout est fait pour inciter les entreprises à

susciter une alerte interne plutôt qu'une alerte externe, les deux se distinguant de la « divulgation publique ».

Il est exact que jusqu'en 2022, les entreprises pouvaient se reposer sur la loi puisque ce n'était que si le manager, alors obligatoirement alerté, n'avait pas une réaction appropriée que l'information pouvait être transmise à l'extérieur, au besoin grâce à l'appui du Défenseur des droits.

Désormais, il ne tient qu'aux entreprises, si elles y trouvent un intérêt, de faire en sorte que le titulaire de l'information, également titulaire d'une option, choisisse de s'adresser à l'entreprise plutôt qu'aux autorités publiques.

Pour cela, il faut que l'entreprise donne à voir à ses managers, ses *shareholders* et ses *stakeholders* qu'elle est digne de leur confiance pour qu'ils choisissent l'alerte interne plutôt que l'alerte externe, ce qui correspond exactement à la définition du droit de la compliance dans son rapport consubstantiel avec la confiance.

## **2. L'apport du lancement d'alerte interne à la compétitivité internationale de l'entreprise concernée**

Au regard de la compétitivité internationale de l'entreprise, inciter celle-ci à favoriser l'alerte interne est le meilleur système, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, l'information transmise peut ne pas être exacte. La porter à l'extérieur, par une alerte externe et ce avant même toute divulgation publique, peut être très dommageable pour l'entreprise et la mettre en difficulté ; ce qui est justifié si l'information est fondée, mais injustifié si elle ne l'est pas.

En second lieu, si l'on ne remet pas en cause la pertinence de l'information transmise, considérant donc que l'information ainsi portée au manager est favorable à la compétitivité de l'entreprise, c'est parce qu'on suppose que le dirigeant en fera bon usage. Mais ce postulat est naïf, car le dirigeant désormais informé peut ne pas vouloir pour autant réformer l'entreprise, par exemple parce qu'il a des liens avec l'auteur des actes dénoncés ou parce qu'il ne veut pas engager les frais d'une réforme (frais pécuniaires et frais structurels de remise en cause, frais de remise en cause personnelle), car révéler une faille peut sous-entendre une défaillance antérieure de son propre management. Le courage du lanceur d'alerte doit être partagé par le manager, car c'est toujours se mettre en danger que de remettre en cause l'ordre établi. C'est pourtant bien cela qui est demandé au manager parce que, une fois informé, celui-ci doit non pas revenir à la situation antérieure mais encore accroître la solidité de l'entreprise, voire la modifier, ce qui suppose une remise en cause de l'ensemble, courage managérial... que rien n'encourage.

### **3. L'absence regrettable d'incitation non pas sur l'entreprise mais sur le titulaire de l'information lui-même**

C'est pourquoi le droit américain préfère non seulement organiser le lancement d'alerte en connexion directe avec l'Autorité de régulation, l'alerte interne s'étant dans un second temps organisée spontanément et ayant été admise par l'Autorité de régulation, mais veille surtout à développer des incitations non pas tant sur l'entreprise mais sur le titulaire de l'information, afin d'obtenir qu'il la transmette. Car l'essentiel est bien dans le début du processus.

C'est notamment le soin pris par la *Securities and Exchange Commissions* (SEC) ayant un département spécifique pour recevoir directement les informations des lanceurs d'alerte, qui ne préviennent personne en interne avant de le faire. Les titulaires d'information sont incités à le faire, puisque le régulateur publie les récompenses financières reçues par les apporteurs d'information et le marché financier, lequel est toujours en asymétrie d'information, est ainsi conforté.

Mais l'entreprise et le marché sont deux structures différentes. C'est là encore une différence culturelle essentielle entre les États-Unis et l'Europe continentale, puisque les États-Unis font un *continuum* entre les marchés financiers et les entreprises, lesquelles sont poreuses aux apporteurs de fond, le droit financier, porteur des marchés financiers eux-mêmes, structurant les entreprises en même temps qu'il permet leur financement direct d'une façon formidable (notamment au besoin sans capitaux propres ni bénéfice), tandis que l'Europe continentale conçoit l'entreprise comme une organisation autonome des marchés financiers, soutenue plutôt par le système bancaire, et qui ne doit pas être gouvernée par les principes du droit des marchés financiers. La loi Pacte de 2019 a accentué cette différence.

Pour que l'alerte directement faite vers l'extérieur accroisse la performance de l'entreprise, il faut que l'extérieur, ainsi informé, agisse directement ou indirectement sur l'entreprise. Mais qu'en est-il de cet apporteur de la vertu de la part des marchés financiers ?

### **4. La croyance dans l'amour de la vertu de la part des marchés financiers**

Les investisseurs sur les marchés financiers, par leur pouvoir négatif de retirer leurs fonds ou leur soutien, et le mécanisme corrélatif des marchés de baisse et de hausse dans la valorisation des titres émis par la personne morale par laquelle l'entreprise apparaît dans le commerce juridique, ont un pouvoir direct sur les managers.

Si l'alerte permet de leur donner une information négative immédiatement sanctionnée par une baisse des titres, alors l'alerte directement externe sera la

plus efficace pour que l'entreprise, parce qu'elle en redoute la perspective ou parce qu'elle veut en gérer immédiatement les effets, se réforme et accroisse donc sa compétitivité.

Mais lorsqu'on observe les effets d'une alerte sur le cours d'un titre, par exemple le cours de Facebook à la suite de l'alerte donnée par France Haugen, qui ne subit que 4 % de baisse, l'on ne peut que douter de la part que l'amour de la vertu tient dans les choix financiers des investisseurs, qui attendaient davantage les résultats financiers de l'entreprise et son plan industriel pour le futur, sans se soucier particulièrement que l'entreprise ait ou n'ait pas tenu ses engagements moraux pris dans le passé, laissant le procès dans l'opinion publique se dérouler et les parlements envisager d'en tirer les conséquences.

L'on en revient donc au constat que l'information externe n'a pas de conséquences directes *via* les marchés financiers, qui semblent demeurer davantage intéressés d'une façon tautologique, puisqu'ils regroupent les investisseurs par la capacité des émetteurs à rapporter de l'argent dans le futur, ce qui est l'engagement premier à leur égard, le seul pour lequel la fiabilité est intrinsèque.

Dès lors, l'alerte externe n'est efficace que lorsqu'elle est portée à des autorités publiques qui en feront usage parce que le fait révélé constitue par ailleurs un manquement ou des éléments sur la base desquels l'Autorité va demander des comptes à l'entreprise.

Les avantages incitatifs du système en deux temps apparaissent alors pleinement.

##### **5. L'incitation sur l'entreprise à se réformer par l'usage de l'information transmise, rendant sans objet toute divulgation à l'extérieur**

En effet, soit l'information est inexacte et l'entreprise aura le temps de la vérifier, notamment en déclenchant une enquête interne, ce que le droit de la compliance permet d'autant plus qu'il fournit lui-même les outils pour de telles recherches. L'enquête interne est un outil majeur de compliance. Les diligences internes sont menées par l'entreprise pour avoir à son tour les informations, soit pour contredire les premiers faits de vraisemblance sur lesquels l'allégation est bâtie, soit pour sanctionner légitimement un lanceur qui a agi par pure malveillance.

L'incitation est expressément visée par la loi, puisque le texte n'autorise le titulaire de l'information à opérer une « divulgation publique » que si l'entreprise n'a pas adopté en réponse des mesures « appropriées », dont la première est l'enquête, qui transforme l'entreprise en policier, voire en procureur puis en juge.

Si l'information est exacte, le législateur offre à l'entreprise la meilleure des alternatives : soit elle agit en interne, par exemple en sanctionnant l'auteur,

en protégeant à l'avenir les potentielles victimes, en améliorant ses structures, soit, bien qu'informée de faits exacts, elle ne fait rien.

La diffusion à l'extérieur devient une sanction objective de sa passivité. Le lanceur d'alerte peut alors *de jure* se transformer légitimement en justicier, lorsqu'il passe au mécanisme de la « divulgation publique », laquelle excède le stade de l'alerte externe. Si la diffusion de l'information à l'extérieur affaiblit l'entreprise par la captation qu'en font ses concurrents, elle n'a à s'en prendre qu'à elle-même.

La perspective est différente concernant le devoir de vigilance car il ne s'agit pas pour l'entreprise d'en apprendre sur elle-même grâce à autrui, mais d'utiliser ses propres forces pour en apprendre sur autrui. Cela peut tout changer, au regard de la compétitivité internationale du système juridique auquel elle appartient.

## **II. LE BON USAGE DE L'OBLIGATION ET DU DEVOIR DE VIGILANCE POUR ACCROÎTRE LA COMPÉTITIVITÉ DES ENTREPRISES EN CAPTANT L'INFORMATION CHEZ AUTRUI**

L'obligation et le devoir de vigilance ne semblent pas avoir bonne presse auprès des entreprises qui y sont soumises. Cela se comprend dès l'instant qu'il s'agit d'une « obligation », car qui apprécie d'être « obligé » dans un système libéral où le principe de la liberté est premier, l'expression de la volonté devant donc être la première source première de son obligation ? Le fait que, pour généraliser cette obligation au-delà du secteur bancaire et de la lutte contre le blanchiment d'argent, le législateur, par la loi du 27 mars 2017, a utilisé le terme plus doux de « devoir de vigilance », n'a sans doute pas assoupli le ressentiment car la responsabilité qui est associée aux manquements à ce devoir, débordant en 2017 le secteur bancaire, est très large.

Au contraire, ce mécontentement s'est accru du fait que cette obligation a été assortie d'une responsabilité civile et de possible injonction judiciaire en cessation. C'est alors au nom de l'atteinte à la compétitivité internationale que les entreprises désormais sujettes ont protesté, puisque leurs concurrents relevant d'autres systèmes juridiques n'y sont pas soumis et ne subissent pas cette responsabilité.

Cela concerne directement notre perspective, puisque c'est bien au nom de la compétitivité non plus de telle ou telle entreprise mais de l'ensemble des entreprises françaises que de nombreuses protestations se sont exprimées contre la loi du 27 mars 2017, dite « Loi Vigilance », affirmant que cet acte législatif entraverait la compétitivité internationale de l'économie française au nom d'idéaux moraux, du souci d'autrui et de sauvegarde de la planète,

ajoutant que ceux-ci, s'ils sont louables, doivent alors être portés par l'État et non par les entreprises dont cela n'est pas l'objet.

Il est vrai que ce devoir est une charge et c'est une des raisons pour lesquels la directive européenne inspirée par la loi française généralise celle-ci en lui associant un effet extraterritorial. Mais la vigilance confère aussi à l'entreprise une grande puissance : celle d'obtenir des informations qui sont à l'intérieur des autres entreprises, même celles avec lesquelles elle n'a pas de liens contractuels (A), obtenant ainsi sur elles un pouvoir de supervision (B).

### **A. LA VIGILANCE, OBLIGATION MAIS AUSSI PUISSANCE DE L'ENTREPRISE D'OBTENIR DE L'INFORMATION AU-DELÀ DE SON SYSTÈME JURIDIQUE**

Le droit de la compliance a développé depuis longtemps l'obligation de vigilance, notamment dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les textes imposant expressément aux banques d'être « vigilantes » à l'égard de leurs clients.

L'obligation de vigilance est une invention française, issue de la loi du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuse d'ordre*. Le dispositif inséré dans l'article L.225-102-4 du Code de commerce impose désormais aux entreprises de grande dimension d'adopter un « plan de vigilance » qui concrétise des obligations, à la fois structurelles, constituant alors une obligation de résultat, à savoir l'adoption d'un tel plan, et comportementales, constituant alors des obligations de moyens. Cet article vise le plan de vigilance en ces termes (certaines mentions sont mises en caractères gras par nous) :

« Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, **ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.**

Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluri-partites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

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

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

3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

4° 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 ;

5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. »

À première vue, la forte protestation contre ce dispositif très nouveau, formulée au nom de la compétitivité internationale, se justifie puisque des entreprises doivent prendre à leur charge l'effectivité d'un souci dont le coût devrait reposer sur des États, pour réparer ou prévenir des dommages qu'elles n'ont pas elles-mêmes causés, ce qui peut s'opérer au bénéfice de leurs propres concurrents, lesquels, s'ils sont soumis à d'autres systèmes juridiques, ne font rien !

Mais de la même façon qu'un droit va rarement sans une obligation, une obligation va rarement sans des pouvoirs, c'est-à-dire une puissance donnée par la même source, ici la loi, qui a imposé l'obligation : qui donne l'obligation donne tacitement mais nécessairement le pouvoir conféré pour exécuter l'obligation. En effet, il faut la puissance nécessaire pour que l'obligation puisse être exécutée. Alors qu'un devoir éthique ne suffit pas à donner un pouvoir sur les tiers, une obligation légale, si elle ne contrarie pas une norme supérieure, le peut, même tacitement si cela est nécessaire à l'entreprise assujettie pour réaliser son obligation (1).

Or, si la loi française de 2017, bientôt confortée par une directive européenne, a imposé un devoir de vigilance, elle a donc tacitement mais nécessairement donné à l'entreprise le pouvoir d'extraire les informations des entreprises tierces, y compris celles qui ne sont pas en rapport contractuel avec elle (2).

### **1. Toute obligation légale confère tacitement les pouvoirs nécessaires pour réaliser l'obligation imposée**

En 2021, Bernard Teyssié a dressé un panorama des plans de vigilance élaborés et mis en œuvre par des grandes entreprises françaises. Il y souligne que le dispositif est en train d'atteindre sa maturité et prend appui tout autant sur les dispositions légales que sur la volonté des entreprises de mettre en œuvre une politique dont l'obligation de vigilance est l'expression : ainsi l'obligation de vigilance est le résultat convergeant à la fois de la loi et du « Plan de Vigilance », qui exprime également la volonté de la société elle-même. Ce faisant, il en résulte bel et bien pour l'entreprise des « obligations de vigilance », relevant des « obligations de compliance ».

C'est donc à ce double titre que la responsabilité de l'entreprise sera engagée, en tant que la loi l'oblige et en tant que son engagement l'oblige.

Même s'il apparaît dans une réponse ministérielle du 21 janvier 2021 que l'autorité publique n'est pas compétente pour enjoindre à l'entreprise de

mettre à exécution ses engagements de vigilance, c'est bien en application de la loi que l'entreprise est vigilante et c'est bien au titre de son obligation légale que sa responsabilité est engagée.

Plus encore, le Conseil constitutionnel a posé, dans sa décision du 17 mars 2017 relative à la loi, que ne pas l'exécuter engage la responsabilité personnelle de la personne morale par laquelle la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre entrent dans le commerce juridique (et non pas une responsabilité pour autrui) et que le législateur était légitime à lui imputer une telle responsabilité dans une perspective d'ordre public.

Cette obligation relève donc de l'ordre public économique, lequel a été présenté en doctrine, par exemple par Pierre Delvolvé, comme une forme de police administrative.

## **2. Puissance accordée à l'entreprise autant qu'il est besoin pour réaliser son obligation de vigilance ou son devoir de vigilance**

L'obligation de vigilance est centrée autour de l'obligation d'être informé de ce qui se passe effectivement, pour éventuellement faire bon usage de l'information ainsi obtenue. L'on mesure ainsi l'unicité qui existe entre le lancement d'alerte et l'obligation de vigilance, puisque l'entreprise, obligée d'être vigilante, doit lancer l'alerte. C'est donc deux mécanismes qui se définissent autour de la captation d'informations et du bon usage qu'il convient d'en faire.

Il est d'ailleurs remarquable que dans la description légale du « plan de vigilance » figure expressément le mécanisme du lancement d'alerte.

En quelque sorte, l'obligation de vigilance est un raccourci de l'ensemble du droit de la compliance. Concernant l'obligation sectorielle de vigilance, des professionnels spécialement désignés par la loi, notamment les banques, qui ont une obligation de vigilance sur leurs clients, doivent s'informer sur ceux-ci (*know your customers*) et sur tout fonctionnement objectivement anormal d'un compte ou d'un comportement, puis tirer eux-mêmes les conséquences de cette vigilance en faisant une déclaration de soupçon. C'est donc un concentré de la captation de l'information, de son traitement et de son bon usage pour atteindre le but monumental fixé par le droit de la compliance : arrêter le blanchiment d'argent et la criminalité sous-jacente à celui-ci. Même s'il ne s'agit que d'une obligation de moyens, cela confère tacitement à l'opérateur tous les pouvoirs requis pour y parvenir.

De la même façon, le devoir de vigilance imposé par la loi du 27 mars 2017, et bientôt imposé par la Directive européenne, exige des entreprises de capter des informations sur autrui, ce qui est la première étape pour traiter l'information et pour en faire usage, à savoir prévenir la violation des droits des personnes et assurer effectivement le respect de la santé publique et de l'environnement. Sans l'exécution de cette première étape qu'est la vigilance,

c'est-à-dire la captation de l'information sur les tiers, les étapes suivantes que sont les obligations de moyens pour concrétiser les buts monumentaux de la compliance ne peuvent s'amorcer.

Cela signifie que sur ordre du législateur national et bientôt du législateur européen, les entreprises ont un devoir, et donc un pouvoir, pour capter des informations sur autrui.

La directive européenne le conçoit pleinement ainsi puisqu'elle situe le devoir de vigilance dans la perspective de gouvernance des entreprises et techniquement dans le droit des sociétés.

## **B. POUVOIR D'OBTENTION D'INFORMATION SUR LES ENTREPRISES TIERCES, PUISSANCE DE SUPERVISION, RESPONSABILITÉ EN EX ANTE ET SANCTIONS SUR LES TIERS**

Puisque l'entreprise a l'obligation d'obtenir des informations sur d'autres entreprises, celles-ci cessent pour l'entreprise obligée d'être des boîtes noires : l'obligation de vigilance confère ainsi à l'entreprise obligée la position de superviseur sur les entreprises sur lesquelles elle doit être vigilante. Les entreprises ont pu se plaindre d'être ainsi transformées en auxiliaires des autorités publiques, mais, à la réflexion, dans la compétitivité mondiale où l'information est un bien si précieux, n'est-ce pas une bonne position que d'être superviseur des autres opérateurs ?

Car si l'on doit répondre personnellement d'un autre opérateur, au titre non seulement, si l'on est une banque de la lutte contre le blanchiment, si l'on est une grande entreprise de la lutte contre la corruption, et si l'on est une entreprise maîtresse puisqu'on donne des ordres, de la lutte contre la violation des droits humains, de la santé et de l'environnement, est-ce que cela ne donne pas plus de pouvoirs que les États eux-mêmes n'en ont sur les entreprises relevant d'autres systèmes juridiques qu'eux ? Or, c'est bien ce statut que la loi a tacitement conféré aux entreprises (1), ce qui leur donne une grande puissance dans des contrats-organisation qui régissent les chaînes mondiales (2). Le contrat étant alors la forme juridique empruntée, l'arbitrage international doit s'y articuler (3), tandis que les opérateurs économiques cruciaux, rendus plus puissants doivent être supervisés par des autorités publiques, y compris d'une façon extraterritoriale (4).

### **1. L'obligation de vigilance, pouvoir de supervision sur autrui tacitement attribué par la loi**

Lorsqu'une entreprise a l'obligation d'être vigilante, cela lui confère les pouvoirs d'avoir des informations sur la façon dont toute entreprise, dont l'activité lui profite, conçoit, structure et exerce sa propre activité.

Puisque la jurisprudence est à ce point violente sur la façon dont sa responsabilité personnelle peut être engagée par le seul « point de contact » qui peut exister entre elle et une autre entreprise, alors même qu'il n'existe pas de relations contractuelles entre elles, alors l'entreprise a nécessairement, associé à une obligation d'une telle ampleur, un « pouvoir » d'une ampleur similaire à la responsabilité qui en découle.

Cela ressort particulièrement bien d'une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en matière de rapport de distribution. Dans un arrêt rendu le 5 mai 2021, à propos des relations entre la centrale de référencement utilisée par le groupe Carrefour avec ses fournisseurs, le cas concerne un fournisseur qui avait offert des vacances à celui qui, au sein de cette centrale, en contrepartie, l'avait référencé. Visant son « Code de conduite », Carrefour avait immédiatement cessé toutes relations avec ce fournisseur, mais celui-ci avait saisi les tribunaux du fait du caractère brutal de cette rupture car ce Code avait été adopté postérieurement aux faits. La Cour d'appel valide néanmoins la rupture, pourtant brutale, car celle-ci résulte plus largement de l'obligation légale de vigilance que le distributeur doit exercer sur ses fournisseurs, qui ne doivent notamment pas corrompre ceux qui référencent les produits en prenant pour seul critère leur qualité et leur prix.

Ce remarquable exemple montre que la reprise par une charte éthique ne disqualifie pas la source légale de l'obligation, ce qui accroît le « pouvoir » de l'entreprise vis-à-vis de celle sur laquelle la loi exige sa vigilance, ce qui lui permet notamment une rupture brutale des relations économiques.

Les entreprises soumises à cette obligation qui, parce qu'elle est légale, excède le cercle contractuel, doivent non pas s'en plaindre mais en tirer profit pour devenir ainsi les superviseurs des entreprises dont, du fait de la loi, elles doivent répondre. C'est ce que font à juste titre les entreprises qui exercent leur activité dans l'espace numérique et qui, parce qu'elles en répondent, exercent un contrôle sur le contenu de ce qui est publié sur leur plateforme, alors même qu'elles ne sont pas éditrices. Car l'on ne peut pas être contraint de répondre personnellement sans avoir aucun contrôle sur ce qui est fait par celui dont on répond.

En conséquence, dans la continuation de la conception du droit de la compliance comme une alliance entre les autorités publiques et les entreprises, il convient que celles-ci, puisqu'elles sont obligées de « répondre », aient aussi le « pouvoir » de disposer des entités, dont elles répondent, des informations pour prévenir chez elles des comportements susceptibles d'engager leur responsabilité.

C'est pourquoi l'exemple précité en matière de distribution peut et doit être généralisé, notamment à travers les contrats.

## 2. La cristallisation contractuelle du pouvoir de supervision dans les contrats-organisation

Paul Didier a montré qu'économiquement et juridiquement, l'on distingue le « contrat-échange » et le « contrat-organisation ». Ainsi, de la même façon que dans un « contrat de régulation » se mêlent des exigences légales, reprises par les parties dans un contrat-organisation qui structure pour le futur le cadre dans lequel des contrats d'exécution dérouleront l'organisation structurée arrêtée entre les deux parties, des droits ou obligations d'origine légale peuvent être insérés.

Il en résulte, pour les parties au contrat, des obligations pour la partie obligée, et des pouvoirs pour la partie assujettie à la loi, obligations et pouvoirs supérieurs à ce qu'un seul contrat aura lui-même engendrés, comme le montre l'exemple précédent tiré du rapport de distribution.

Plus généralement, puisque l'obligation de compliance est rattachée à l'ordre public économique, voire à une activité de police administrative, l'insertion d'obligation de vigilance des entreprises donneuses d'ordre dans tous les rapports économiques ayant un lien avec elles, cristallisée par une référence à son code de conduite, ou à sa charte éthique, ou à sa charte de compliance, peut être faite non pas comme une invention contractuelle mais comme une reprise d'obligations ou devoirs légaux.

Cette emprise nécessaire ainsi obtenue sur les entreprises tierces s'accroît en légitimité, y compris – voire surtout – sur les entreprises tierces qui ne sont pas elles-mêmes soumises directement au droit de la compliance. En effet, il n'est pas juridiquement concevable qu'une entreprise puisse être juridiquement responsable à titre personnel des agissements d'une entreprise non astreinte à des obligations d'information, et que la première ne puisse pas savoir ce que la seconde entreprise fait.

Il est donc nécessaire que l'entreprise ait *de jure* ce pouvoir, puisque la loi a mis à sa charge une responsabilité personnelle ; pour l'endurer, la loi lui a nécessairement et donc tacitement conféré un pouvoir d'information sur les entreprises tierces, même et surtout celles qui ne sont pas soumises au droit de la compliance.

Cet effet de chaîne ainsi obtenu par le contrat conforte la nature consubstantiellement extraterritoriale du droit de la compliance. Il est d'ailleurs remarquable que la directive européenne sur la vigilance ait explicité cette extraterritorialité.

En cela, l'obligation de vigilance, en ce qu'elle implique nécessairement un pouvoir d'information sur les tiers, est un extraordinaire pouvoir des entreprises sur les autres entreprises, instituant les premières, si elles le veulent, superviseurs des secondes, avec les mécanismes de transparence et de *monitoring* qu'implique la supervision.

Sans doute, ce qui reste alors à parfaire, c'est le rôle du juge, puisque ce n'est pas l'autorité administrative qui veille à l'effectivité de l'obligation de vigilance. Mais précisément, c'est alors à l'arbitrage international de prendre pleinement sa part.

### **3. Développer l'effectivité du droit de la compliance dans l'arbitrage international**

L'arbitre international est le juge naturel du commerce international et il est temps que, plutôt que de protéger celui-ci contre ce qui serait une intrusion incongrue des droits internes, notamment répressifs, ou d'incursions ponctuelles, il devienne un acteur décisif du droit de la compliance.

De la même façon que l'arbitre a rendu effectif l'ordre public concurrentiel, puis l'ordre public de la régulation, il va devenir celui qui rendra effectif l'ordre public de la compliance, notamment à travers l'obligation de vigilance, laquelle va de plus en plus s'entremêler avec des stipulations négociées, la compétence exclusive du Tribunal judiciaire de Paris n'étant pas un obstacle à la compétence arbitrale.

Mais ce n'est pas parce que la puissance est tacitement donnée aux entreprises d'obtenir des informations sur d'autres afin de supporter leur propre responsabilité personnelle de vigilance qu'elles devraient devenir régentes du monde. Le pouvoir de régulation qui, *via* cette supervision, leur est ainsi conféré, n'est que de second niveau : elles-mêmes doivent demeurer supervisées par des autorités publiques de premier niveau, qui appartiennent à leur propre système juridique dont elles sont les sujets.

### **4. Nécessité de développer corrélativement la supervision publique des entreprises obligées d'exercer leur pouvoir de vigilance**

Le droit de la régulation a, notamment en matière de régulation financière, depuis longtemps mis en place des systèmes de régulation à deux niveaux : le niveau supérieur, composé des autorités publiques, et un niveau intermédiaire, composé d'opérateurs, éventuellement privés, qui exercent sur des opérateurs ordinaires des fonctions de régulation.

En finance, ce sont par exemple les entreprises de marché ou les chambres de compensation. Dans les industries de réseau, ce sont les gestionnaires de transport ou de distribution (que le contenu soit par exemple de l'énergie, de l'eau ou des communications, ou plus globalement encore des informations dites « données »). Dans l'espace numérique, ce sont les entreprises qui permettent le déplacement des internautes vers l'information (moteur de recherche) ou l'expression des uns et des autres, la diffusion et la mise en connexion (réseaux sociaux). Les banques sont l'épigone de cette catégorie d'entreprises, dont il a été proposé de les désigner plus globalement comme les « opérateurs cruciaux ».

L'ensemble de ces opérateurs cruciaux a des pouvoirs sur les opérateurs ordinaires, même si ces opérateurs cruciaux sont contrôlés par des opérateurs par ailleurs en compétition avec ceux qu'ils contrôlent. Cela s'avère extrêmement précieux dans l'espace financier et dans l'espace numérique, parce qu'ils sont eux-mêmes supervisés par une autorité publique d'un système juridique localisé alors qu'ils supervisent eux-mêmes des opérateurs économiques qui ne sont en rien limités à la même zone économique.

Cela est particulièrement important pour l'espace numérique. Ainsi l'Autorité de régulation de la communication (Arcom) supervise tous les opérateurs numériques cruciaux, y compris ceux qui ne sont pas sujets du système juridique français, tandis que ceux-ci régulent les comportements de tous les opérateurs qui, à travers les diverses activités rendues techniquement possibles par les plateformes, s'y activent.

Cela signifie que lorsque le législateur, par exemple le législateur européen, internalise dans les opérateurs numériques l'obligation d'être vigilant aux discours de haine, afin de lutter contre ceux-ci, il l'oblige mais aussi légitime le pouvoir de l'opérateur numérique crucial de contrôler les contenus dont il n'est pourtant pas l'éditeur, tandis que l'autorité publique supervise un opérateur qui lui-même n'est pas sujet de droit dans l'espace européen.

La localisation est donc en train de devenir, grâce au droit de la compliance, indifférente : cela peut devenir un atout de compétitivité majeure, puisque cela implique des exigences qui peuvent ainsi être portées par des opérateurs privés à l'encontre d'opérateurs privés extérieurs qui n'y étaient pas soumis, sous le contrôle (et donc sous la protection) d'autorités publiques du système juridique européen.

Cela montre que c'est le fonctionnement même du Droit qui, grâce au droit de la compliance, évolue, puisque le droit international, public comme privé, pourrait cesser de fonctionner comme celui qui garde les frontières et permet alors l'action directe d'un État, *via* ses entreprises puissantes, parce qu'elles sont systémiques, parce qu'elles sont cruciales, parce qu'elles sont en position, parce qu'elles sont donneuses d'ordre, là où cela se passe.

Le système de compliance arrive à une configuration systémique où le fait que cela se passe hors du système juridique dont l'entreprise en cause est sujet de droit pourrait cesser d'être déterminant. Pour cela, il convient de changer le Droit en empruntant au droit de la compliance son atout (que l'on présente le plus souvent comme un défaut) : son indifférence au territoire, ce que l'on exprime classiquement comme son « effet extraterritorial », mais qui est sans doute la façon plus adéquate d'aborder le sujet climatique.