

Dresser des cartographies des risques comme obligation et le paradoxe des « risques de conformité »

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE¹

*Agrégée des Facultés de Droit,
professeur de Droit de la régulation et de la compliance
et directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Résumé. Il y a peu d'études synthétiques ou théoriques sur le mécanisme de cartographie des risques alors qu'il est de fait l'outil central dans la compliance. On peut l'expliquer parce que l'exercice relèverait davantage du management que du Droit. On observe ainsi que la cartographie des risques est décrite, et avec minutie, que des modes d'emploi sont fournis, mais qu'elle ne reçoit pourtant pas de qualification juridique autre que d'être une « modalité ». En cela, le mécanisme de cartographie des risques souffre d'un mal qui frappe l'ensemble de la compliance, encore peu appréhendé par le Droit, concentré souvent pour l'instant dans l'*ex post* de la sanction alors que la compliance est par nature de l'*ex ante*. L'observateur passe du désarroi à l'incompréhension en relevant l'existence de « risques de conformité » parmi les risques cartographiés : incompréhension puisque tant affirment qu'il ne faudrait parler que de « Droit de la conformité », défini comme obéissance en *ex ante* à toute « réglementation ». Dans ce cas un sous-ensemble que constitue les « risques de conformité » d'un outil qu'est la cartographie aurait le même objet que l'ensemble du Droit que cet outil sert... Cette aporie ne peut être résolue que si l'on admet que le Droit de la compliance se définit substantiellement par ses « buts monumentaux », lesquels excèdent l'obéissance à la réglementation.

En conséquence, et si le Droit se saisit de la cartographie des risques, celle-ci peut apparaître tout d'abord comme une obligation accessoire de l'obligation principale consistant dans le fait d'atteindre des buts monumentaux.

1. Cet article s'appuie sur un document de travail, doté de notes, de références techniques et de liens hypertextes. Il est accessible en version française à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/lentree-difficile-de-la-cartographie-des-risques-d/>; et en langue anglaise à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/en/article/lentree-difficile-de-la-cartographie-des-risques-d/>

L'obligation de dresser les cartes ne lui est qu'accessoire et constitue une obligation de résultat, tandis que l'obligation d'atteindre les buts est principale mais n'est une obligation de moyens. Ces cartographies étant très diverses et n'étant visées que ponctuellement par des lois particulières et précises, elles peuvent aussi ne constituer qu'un fait juridique ou peut-être, par le jeu de diverses chartes, un engagement juridique unilatéral pris par les entreprises. Mais l'on peut avancer l'idée que la cartographie est en train de devenir le socle d'une obligation juridique autonome à la charge d'entreprises en position de connaître certains risques, renvoyant à l'existence pour les tiers d'un droit subjectif de les connaître et de les mesurer ; ce « droit d'être inquiétés », dont les tiers qui vont les courir seraient titulaires, leur permet ainsi à ces tiers de choisir de les courir, ou pas.

SI PEU DE BRUIT POUR TANT

Lorsqu'on regarde la pratique et la description factuelle qui en est faite, l'on observe que le cœur des dispositifs de compliance est constitué par la cartographie des risques, tandis que l'on dispose de relativement peu d'études juridiques présentant plus abstraitement cette technique, et que peu de jurisprudence a pris en considération cette façon de faire, parfois requise par les textes et sévèrement encadrée par eux.

Cela pourrait s'expliquer de deux façons. Soit du fait que tout se passerait toujours bien et que, de la même façon que les peuples heureux n'ont pas d'Histoire, la cartographie des risques serait donc si épanouie, si tranquille, si quotidiennement harmonieuse, que le Droit, qui ne s'épanouit souvent que dans le pathologique, ne se pencherait pas sur elle. Soit que dresser ces cartographies qui décrivent les ferments de l'avenir des activités de l'entreprise a été plutôt l'affaire de la bonne gestion, justifiant que cet exercice n'ait pas été pour l'instant qualifié juridiquement, ne déclenchant pas cette reconnaissance négative que constitue la sanction, ce qui ne lui a pas permis de passer l'octroi de l'espace juridique par le sceau de la qualification.

LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES, PROCÉDÉ SOUVENT DÉCRIT MAIS PEU JURIDIQUEMENT QUALIFIÉ PAR LA LÉGISLATION

En effet, le plus souvent, l'on ne fait que décrire le mécanisme de cartographie des risques, sans le qualifier juridiquement, ce qui interdit de le situer avec netteté dans l'ordre juridique. Le législateur ne fait pas davantage. Ainsi, dans l'article 17 de la loi dite « Sapin 2 », la cartographie est décrite comme

« la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de l'entreprise à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquels l'entreprise exerce son activité ».

De la même façon, l'article 1^{er} de la loi dite « Vigilance » du 27 mars 2017 vise « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ».

Ces dispositions, si impératives soient-elles, ne procèdent pourtant qu'à une description de cet outil, ce qui ne suffit pas à constituer une définition : le texte ne vise que la « forme » que cet élément d'information prend, sans en dire davantage. La lettre du texte descriptif qui constitue la seconde partie de l'article 17 de la loi dite « Sapin 2 » renvoie à la première partie de cet article qui énumère le contenu, et vise quant à lui expressément ce procédé de cartographie comme une « modalité » d'une « obligation » : cette « obligation » consiste à prendre des « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence ». Pour bien remplir cette obligation, l'entreprise doit disposer de cet « outil » qu'est la cartographie des risques.

Si l'on sort du cas particulier de la lutte contre la corruption, la méthode demeure la même. Ainsi, lorsqu'on consulte les documents par lesquels les autorités de régulation, par exemple l'Autorité des marchés financiers (AMF), présentent la manière requise pour bien identifier les risques, y compris les risques de « non-conformité », l'on y trouve une description des façons de faire, mais sans davantage rencontrer de définition, encore moins de définition juridique de cette cartographie.

L'ABSENCE DE QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES, REFLET DES INCERTITUDES SUR LA QUALIFICATION DES MÉCANISMES DE COMPLIANCE EUX-MÊMES

Dans tout ce qui concerne la compliance, l'on retrouve cette même tendance à ne pas définir ce que l'on vise. Sans doute parce que la compliance a été beaucoup affaire de pratiques et de réglementation, qu'elle relève pour l'instant de ce qui se fait, ou ce qu'il est prescrit de faire ou de ne pas faire, davantage que d'une branche du Droit conceptuellement élaborée, qu'il suffirait donc d'accumuler les *process* et les prescriptions sans requérir de définitions, que le pragmatisme se satisferait de cet ensemble de « réglementations » techniques, ensemble dans lequel le Droit lui-même ne se distingue guère des autres « normes techniques », comme les normes comptables ou les normes d'espacement des rails, ou celles qui uniformisent les branchements électriques.

En effet, cette absence de définition juridique de la cartographie des risques paraît n'être elle-même que le reflet non seulement des difficultés à définir le Droit de la compliance, mais aussi de l'absence plus générale du Droit dans l'ensemble des mécanismes de compliance, absence paradoxale pour un espace si empli par ailleurs de la fureur pénale, sans doute parce que, si souvent réduite dans sa présentation à un *process* mécanique, la compliance n'apparaîtrait « juridique » que sous son mauvais jour : celui de la sanction. Cette conception mécanique d'une compliance comme *process* conduit à proposer que des machines et non des êtres humains en établissent les outils, notamment la cartographie des risques. Fini les compas et les cartes d'état-major, bonjour les bases de données et les connexions automatiques pour que des voyants d'alerte s'allument.

A contrario, si le Droit de la compliance doit recevoir une définition non mécanique, n'être pas un simple *process* d'effectivité de n'importe quelle règle à laquelle on attache quelque importance, alors, en contrecoup heureux de ce que serait une définition substantiellement juridique du Droit de la compliance, il faudra bien définir ce qu'est juridiquement la cartographie des risques.

Si on a cette exigence-là, la première que formule le juriste qui demande définitions et ordonnancement, l'on ne peut alors qu'être dubitatif devant cette catégorie si étrange que constitue dans la cartographie des risques cette catégorie si singulière que constitueraient les « risques de conformité »...

LES « RISQUES DE CONFORMITÉ », ÉLÉMENTS IDENTIFIÉS DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES, RENVOI LOGIQUE VERS LA DÉFINITION SUBSTANTIELLE DU DROIT DE LA COMPLIANCE

De fait, lorsqu'il est exposé que la cartographie doit viser à la fois les « risques économiques », les « risques politiques », et les « risques de conformité » (c'est-à-dire de violation future du Droit), le juriste a du mal à comprendre comment les « risques de conformité » pourraient ainsi être un élément d'un outil qui n'est pourtant lui-même qu'un élément d'un « Droit de la compliance », dont on lui affirme par ailleurs qu'il faudrait l'appeler « Droit de la conformité » !

Si, comme on le soutient parfois, ne devait exister qu'un « Droit de la conformité », consistant simplement à montrer par avance que l'on respecte les règles de Droit applicables, même sans être expert de la théorie des ensembles, le juriste ne peut qu'exprimer son incompréhension devant cet élément de « conformité » qui serait alors à la fois un élément de ce sous-ensemble de la cartographie qu'est le « risque de conformité » (perspective identifiée en *ex ante* de violation des règles juridiques) et l'ensemble « Droit de la

conformité » (obéissance montrée en *ex ante* aux règles juridiques) dans lequel l'outil de la cartographie s'insère.

Sauf à éliminer la référence expressément et littéralement faite aux « risques de conformité » dans les cartographies des risques, la résolution de cette aporie conduit à adopter une définition du Droit de la compliance qui excède la « conformité », c'est-à-dire le seul souci d'obéissance à la loi, pour aller vers une définition substantielle de cette nouvelle branche du Droit, le terme nouveau de « compliance » offrant l'opportunité de se distinguer de la « conformité » d'une norme inférieure à une norme supérieure ou d'un comportement à une norme, la conformité renvoyant toujours à une vision mécanique.

Si l'on adopte une conception substantielle et téléologique du Droit de la compliance, ancrée dans des « buts monumentaux » où se situe la définition même de ce Droit, un des outils en est alors des cartographies des risques, l'un des risques parmi d'autres pouvant alors effectivement être la perspective de ne pas avoir un comportement conforme à la norme juridique applicable, les « risques de conformité » prenant place parmi d'autres types de risques.

Ainsi la distinction entre les deux termes, « conformité » pour viser le fait d'obéir et « compliance » pour viser une ambition pour réaliser des buts monumentaux convergeant vers la protection des personnes, permet-elle de concevoir la « conformité » comme n'étant qu'un outil parmi d'autres de la compliance.

Il y a vingt ans, l'on rencontra les mêmes difficultés linguistiques et de définition à propos de la « réglementation » (*regulation*), avant qu'il ne soit pareillement acquis que la réglementation n'est qu'un outil du Droit de la régulation et non pas sa définition... Et le Droit de la compliance est le prolongement du Droit de la régulation. Il rencontre donc les mêmes difficultés et les mêmes oppositions ; il les surmontera pareillement.

L'HYPOTHÈSE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES, OBLIGATION JURIDIQUE DE RÉSULTAT, ACCESSOIRE À L'OBLIGATION PRINCIPALE DE MOYENS D'ATTEINDRE UN « BUT MONUMENTAL »

Le législateur ne semble pas contredire la réduction de la cartographie des risques à n'être qu'un instrument, dont les « risques de conformité » ne sont eux-mêmes qu'une part, puisque, à lire les lois, il est acquis pour le législateur que la cartographie n'est qu'un « outil », la loi dite « Sapin 2 » la désignant comme une « modalité », comme de l'intendance donc. Si l'on ne conteste pas cela mais qu'on prend au contraire appui sur cette nature instrumentale, il faut ainsi chercher ce pour quoi est fait l'outil, car si l'on offre un outil ou qu'on en impose le maniement aux entreprises, cela est *de jure* pour atteindre

un « but ». Si la cartographie des risques n'est qu'une « modalité », cela signifie nécessairement que la qualification juridique a sa source dans le but, le statut juridique de l'outil de la cartographie en découlant d'une façon téléologique.

L'instrument est donc en partie conçu pour que la loi ne soit pas ultérieurement méconnue, la cartographie repérant à travers les « risques de conformité » le risque accru de cette méconnaissance possible : les expressions de « risque pénal » ou de « risque juridique » sont sans doute les ancêtres de ces « risques de non-conformité ». L'existence de ce risque de violation future du Droit, révélée par cette expression de « risque de non-conformité », peut avoir son siège dans l'entreprise, dans son secteur, dans ses activités, ou dans tout ce qui l'entoure et dans les nouveautés qui peuvent arriver demain, la cartographie des risques oscillant entre un exercice de probabilité et de prudence.

C'est en cela qu'elle est une « modalité », rattachée à une « obligation » qui réside dans une obligation principale de l'entreprise qui est de prévenir la transformation de ce risque en événement négatif, par exemple le risque de violation du Droit en violation effective.

Dresser une cartographie serait donc l'obligation secondaire, constitutive de l'accessoire nécessaire d'une obligation principale qui est la prévention des événements négatifs (barrage contre des catastrophes systémiques, la corruption, le blanchiment, la pollution, les cataclysmes) ou l'obtention des événements positifs (concrétisation des ambitions heureuses, lesquelles constituent les « buts monumentaux » positifs).

La jurisprudence a pu souligner que si l'obligation principale, constituée par ce barrage contre un événement futur qui ne doit pas arriver (buts monumentaux négatifs) ou constituée par ce point vers un événement futur qui doit advenir (buts monumentaux positifs), est une obligation de moyens, l'établissement de sa modalité qu'est l'établissement de la cartographie des risques est en revanche une obligation de résultat.

En effet, si l'on ne peut pas maîtriser le futur, encore moins lorsqu'il implique d'autres que soi-même, le futur étant le temps de l'objet d'un Droit de la compliance *ex ante* constitué par ses « buts monumentaux », l'on peut en constituer l'exercice présent qu'est l'établissement des cartes.

Ainsi, l'exercice de la cartographie permet à l'entreprise d'exécuter son « obligation de compliance », c'est-à-dire de faire en sorte que soient repérés en *ex ante* les faits de fragilité compromettant la réalisation des buts monumentaux négatifs ou positifs (par exemple des faits qui suscitent la corruption), exercice de projection qui accroît la probabilité de plénitude d'exécution de l'obligation de moyens que constitue son obligation de concrétisation des buts monumentaux (dans ce même exemple, éliminer la corruption).

C'est le lien entre l'outil et le but, mécanisme de base dans toute branche de droit téléologique qui part de la norme située dans les buts, qui permet de

définir l'outil : la cartographie des risques a pour objet de « réduire les risques », c'est-à-dire d'accroître la perspective future pour l'entreprise de concrétiser le but monumental que les autorités publiques lui ont affecté. Ainsi, dès 2008, l'OCDE définissait la cartographie des risques par ses objectifs, à savoir « mettre en place des moyens efficaces pour réduire des risques de fraudes et de corruption et pour mettre en place des enquêtes efficaces en concentrant les efforts sur les procédés efficaces ».

Les buts poursuivis fonctionnent eux-mêmes en cercles concentriques, ce qui explique la diversité des cartes établies. Ainsi, tandis que la notion de corruption renvoie au Droit pénal, celle de fraudes est plus vaste que le Droit car si « la fraude corrompt tout », toute fraude n'est plus seulement saisie par le Droit dès lors que la lutte pour la combattre n'emprunte pas un instrument juridique. Les cartes ne sont donc pas sur le même modèle et les entreprises en établissent de multiples. Plus généralement et par ailleurs, de nombreux risques ne concernent en rien le Droit et devront pourtant être pris en considération par l'entreprise comme autant d'éléments d'information à considérer pour son action : les risques économiques, les risques naturels ou les risques politiques, ainsi que les « risques de marché », à propos desquels les autorités de marchés, comme l'Autorité des marchés financiers, dressent régulièrement une « cartographie des risques ». Mais cette cartographie-là ne semble pas regarder le Droit, alors même qu'elle ne relève déjà plus de la seule bonne gestion interne de l'entreprise.

Cela rend d'autant plus difficile de saisir par une seule qualification juridique ces cartes si diverses.

L'HYPOTHÈSE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES COMME UN FAIT JURIDIQUE

Ainsi, si l'analyse part non plus des lois qui les imposent ou les suggèrent mais plutôt des cartographies élaborées par des entreprises qui s'en prévalent, notamment vis-à-vis des investisseurs ou des consommateurs, l'on doit constater leur diversité, sans plus être certains si, pour toutes, ces cartographies constituent une « modalité » d'une obligation juridique, devenant de ce fait par transitivity un objet juridique, ou si elles ne constituent pas plutôt un élément de détermination de la stratégie de l'entreprise, appelant donc une qualification comme un « acte de management ».

La cartographie des risques devient donc un fait. Il ne produit pas directement d'obligations *per se*. Mais son existence constitue néanmoins son élaboration en fait juridique, auquel l'on peut attacher des effets de droit. Notamment lorsqu'il a engendré des effets de confiance sur la tête des tiers et que l'établissement de la carte a été fait pour l'obtenir, par exemple lorsque

l'entreprise retrace des risques en amont dans l'élaboration des produits qu'elle offre au public en aval.

La question de l'engagement juridique de l'entreprise se pose d'autant plus qu'il est aujourd'hui impossible d'enfermer le Droit de la compliance – et son outil principal *ex ante* qu'est la cartographie des risques – dans ce qui n'est que deux de ces buts monumentaux particuliers que sont la lutte contre la corruption (loi dite « Sapin 2 ») et la violation des droits humains (loi dite « Vigilance »).

L'HYPOTHÈSE D'UNE OBLIGATION JURIDIQUE GÉNÉRALE ET AUTONOME D'ÉTABLIR UNE CARTOGRAPHIE DES RISQUES POUR LES SUJETS DE DROIT EN POSITION DE LES CONNAÎTRE

Si dresser une cartographie n'était pas seulement un simple fait, l'on peut considérer d'une part qu'il pourrait s'agir d'un acte juridique unilatéral ou suggérer d'autre part que la cartographie concrétise l'exécution d'une obligation générale et autonome à la charge des sujets de droit qui sont en position de connaître des risques que les autres ne connaissent pas.

Dans le premier cas, il s'agit par exemple d'une entreprise qui, par sa volonté, notamment au titre de ses divers engagements sociétaux, s'engage à prévenir tel ou tel événement négatif (par exemple, une pollution) ou à mettre en œuvre des techniques pour atteindre des situations positives, par exemple une relation d'égalité entre des personnes. Pour ce faire, notamment parce que cela est inscrit dans sa « charte d'éthique » ou son « code de conduite », voire ce qui est désormais parfois dénommé expressément comme une « charte de compliance », cette obligation de moyens déclenche de par sa seule existence et sans qu'il soit besoin d'un texte pour le prescrire une obligation accessoire de résultat, consistant dans l'obligation de dresser une cartographie des risques afférente à un tel « projet ».

D'une façon plus générale, l'on peut considérer que tous les sujets de droit qui doivent concrétiser les buts monumentaux du Droit de la compliance du fait des autorités publiques doivent, selon le même raisonnement précité de l'accessoire nécessaire, établir les cartographies correspondantes.

L'on pourrait alors considérer que toute entité qui est en position de connaître des risques lui donnant une meilleure anticipation du futur, non seulement pour elle mais pour les autres, doit avoir une obligation générale de porter à la connaissance des autres personnes directement concernées les risques qu'elles courent dans l'exercice qu'elles doivent faire de leur propre liberté. En effet, c'est autant l'exercice d'une liberté pour soi-même, dans un acte de bonne gestion, à laquelle procède une entreprise qui dresse une cartographie des risques pour décider d'agir dans tel ou tel sens (définition de la

stratégie) que l'exercice d'un acte de puissance d'information pour les autres dans un acte de compliance.

En cela, les autorités de régulation qui dressent elles-mêmes des cartographies des risques pour éclairer les opérateurs ne seraient que des modèles pour ceux-ci, lesquels devant à leur tour, par leurs propres cartographies, éclairer les parties « concernées » par ces risques-là.

Dans une conception libérale du Droit, nul ne peut être contraint par le Droit d'être bon stratège, voire grand stratège, pas plus qu'une entreprise qui est en position de connaître les risques que court autrui ne doit être nécessairement obligée de protéger directement celui-ci; mais le Droit devrait pouvoir la contraindre de faire connaître à autrui les risques qui le concernent et dont elle a connaissance, et qu'elle a cartographiés afin que ce tiers, ainsi instruit et ainsi alerté, puisse courir les risques sciemment. C'est pourquoi la notion d'alerte est centrale dans le Droit de la compliance en ce que ce transfert d'information permet à chacun de mesurer les risques et de les courir. Pour le détenteur de l'information, pèse cette obligation générale de transmettre l'information, cela mais pas plus, notamment pas une obligation de protéger les tiers contre les risques. Dans un système libéral, à chacun de courir les risques. Mais il n'est pas admissible de faire courir des risques que l'on connaît ou doit connaître à des tiers qui en ignorent l'existence même : par l'alerte, se concrétise leur « droit à être inquiété », pour que soit effective leur liberté d'action.

Si l'on admettait cette obligation générale, cela concrétiserait donc un droit subjectif général pour les tiers « concernés » par ces risques.

LE DROIT SUBJECTIF DES TIERS À ÊTRE INQUIÉTÉS PAR LA CONNAISSANCE DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES, AFIN D'ÊTRE EN MESURE D'EXERCER LEUR LIBERTÉ D'ACTION

Cela pourrait être le fondement d'une obligation générale d'établir des cartographies des risques, obligation à la charge des entités en position de les dresser, puis de les publier, le secret devenant alors l'exception. En cela, la loi dite « Sapin 2 », à travers l'instauration de l'Agence française anticorruption (AFA), a institutionnalisé ce mécanisme par lequel les entreprises « exposées » aux marchés financiers ou/et aux investisseurs internationaux, ou/et au commerce international, présentent d'une façon claire et ordonnée – c'est-à-dire par une cartographie – les risques qu'ils ont identifiés dans leurs actions présentes et futures, rendant plus concrètement des comptes sur leur organisation structurelle d'analyse des risques.

Des autorités publiques supervisent les entreprises exposées à ces risques. Certes les banques y sont juridiquement accoutumées, mais les banques sont

dans un secteur qui est régulé et supervisé. L'évolution est tout de même remarquable, et marque l'ensemble du Droit de la compliance, en ce que ce dispositif de compliance viendrait s'appliquer, *via* l'exigence de cartographie des risques, à des entreprises qui agissent dans des secteurs qui ne sont pas supervisés, voire qui ne sont parfois pas même régulés, par exemple l'immense champ du commerce international. De cette façon, ces entreprises, qui ne sont pas sectoriellement régulées, deviennent structurellement transparentes et supervisées au titre du Droit de la compliance, qui contrôle notamment l'effectivité et l'efficacité du mécanisme de cartographie des risques.

Le principe libéral selon lequel une entreprise ne rend compte que de son comportement et non de son organisation interne en est entamé, puisque la cartographie des risques est un mécanisme *ex ante* qui relève de la structure même des entreprises et dont l'effectivité est contrôlée par les autorités publiques, le Droit de la compliance exprimant une « responsabilité *ex ante* » souhaitée par beaucoup. Mais cela n'engendre pas une obligation de comportement consistant dans une obligation de résultat et encore moins une obligation de protéger les tiers.

Par cette obligation générale structurelle d'établir une cartographie des risques, obligation pesant sur les entreprises, obligation qui se prolonge par l'obligation de faire connaître aux intéressés cette information raisonnée, le Droit fait naître au profit des tiers un droit subjectif spécifique, le « droit d'être inquiété », par la connaissance des risques qu'ils courent et dont ils n'avaient pas nécessairement connaissance puisqu'ils ne sont pas dans la même « position » que les opérateurs économiques, inquiétude qui leur permet ainsi de mieux exercer la liberté de courir ou de ne pas courir ces risques ainsi portés à leur connaissance.