

La *compliance*: une éthique choisie ou subie ?

Olivier DEBAT*

Compliance: Chosen or Suffered Ethics ?

El *compliance*: ¿Ética escogida o sufrida ?

A *Compliance*: Uma Ética Escolhida ou Sofrida ?

合规：自律还是他律？

Résumé

L'étude proposée porte un regard sur la définition de la *compliance* qui conduit à relever l'ambiguïté du vocabulaire utilisé en ce domaine et à la présenter comme une notion fonctionnelle. Elle apporte un éclairage sur l'interaction entre éthique et affaires, à travers une analyse de l'éthique choisie dans une première partie et de l'éthique subie dans la seconde partie. La démarche adoptée vise à dépasser la simple recherche de l'équilibre pour aider à porter un regard critique sur cette notion et permet de situer les thèmes du volontarisme et des exigences imposées. Ces dernières émanant des États mais aussi des entreprises partenaires, il apparaît que le contrat est un instrument majeur de diffusion de la *compliance* par-delà les frontières et permettant l'apparition de règles ayant une certaine force contraignante.

Abstract

This study proposes new reading of the notion of compliance as a functional concept by addressing the ambiguity of the vocabulary otherwise used in the field to describe it. It sheds light upon the interaction between ethics and business, through an analysis in two parts exposing firstly the elements making it a chosen ethics, and subsequently a suffered one. The approach is intended to go beyond a basic search of balance, towards a critical look at this notion, allowing to reflect on how the themes of voluntarism and mandatory requirements come into play. Such requirements are enforced by the States as well as by partner companies; it reveals the contract as a major instrument of diffusion of compliance across borders facilitating the emergence, to a certain degree, of binding rules. On this

* Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole.

Ce faisant, l'étude conclut à l'importance réelle de l'éthique pour les entreprises et pour le capitalisme en général.

note, the study's conclusion underlines the real importance of ethics for companies and for capitalism in general.

Resumen

El estudio propuesto examina la definición del *compliance* o cumplimiento normativo, aborda la ambigüedad del vocabulario utilizado en esta área y lo presenta como una noción funcional. Se aclara la interacción entre ética y negocios, a través de un análisis de los elementos que la hacen una ética elegida en la primera parte o una ética sufrida en la segunda parte. Esta aproximación busca ir más allá de la simple búsqueda del equilibrio para ayudar a construir una mirada crítica de esta noción y permite situar los temas del voluntarismo y las exigencias impuestas. Estos últimos, los cuales emanan de los Estados pero también de las empresas asociadas, hacen parecer que el contrato es un importante instrumento de difusión del cumplimiento que atraviesa fronteras y permite la aparición de reglas con cierta fuerza vinculante. Para terminar, el estudio concluye con la importancia real de la ética para los negocios y para el capitalismo en general.

Resumo

O estudo proposto lança um olhar sobre a definição da *compliance* que leva a revelar a ambigüidade do vocabulário utilizado neste campo e a apresentá-la como uma noção funcional. Dirige a luz sobre a interação entre ética e negócios por meio de uma análise da ética escolhida em uma primeira parte e da ética sofrida na etapa seguinte. A abordagem adotada visa a ultrapassar a simples pesquisa de equilíbrio para oferecer uma perspectiva crítica sobre essa noção e permite situar os temas do voluntarismo e das exigências impostas. Como estas últimas emanam dos Estados, mas também das empresas parceiras, patenteia-se que o contrato é um instrumento maior de difusão da *compliance* através das fronteiras, permitindo o surgimento de regras com certa força vinculante. Dessa forma, o estudo conclui pela importância real da ética para as empresas e para o capitalismo em geral.

摘要

本文重新审视了“合规”的定义，旨在厘清这一术语在该领域中模棱两可的含义，并将其解读为功能性概念。通过第一部分的主动选择合规和第二部分的被迫要求合规分析，揭示了道德规范与商业的互动关系。采用这种分析方法的目的是超越单纯的追求平衡，而对这一概念进行批判性审视，以便反思自愿选择与强制规定如何发挥作用。对合规的强制要求一方面来自国家，另一方面也来自合作企业；作者发现，合同已成为跨境传播合规的主要工具，推动了具有一定拘束力的规则的出现。为此，本文得出结论，不论对于企业还是对于资本主义整体而言，道德规范均十分重要。

Plan de l'article

I.	De l'éthique choisie	553
	A. L'éthique: un enjeu pour l'image de l'entreprise.....	554
	B. L'éthique: un enjeu de protection des décideurs.....	557
II.	De l'éthique subie	559
	A. L'éthique: une voie imposée par les partenaires de l'entreprise	559
	B. L'éthique: une voie imposée par les États	563

Emprunté à la langue anglaise, le terme « *compliance* » trouve difficilement un équivalent parfait dans le vocabulaire français¹. Pour tenter de définir sommairement la *compliance*, il nous paraît possible de retenir qu'elle est un processus par lequel les acteurs économiques insèrent leurs actions dans une démarche de conformité aux règles de toute nature, externes (supra-étatiques, étatiques, locales, professionnelles, coutumières etc.) et internes à l'entreprise, et d'éthique, en vue de prévenir les risques liés aux violations de ces règles et de moraliser les pratiques dans le système économique².

Il s'infère de l'idée de processus le vocable de « programme », comme dans l'expression « programme de *compliance* » qui renvoie aux diverses actions mises en œuvre pour atteindre ces fins.

Dès lors, il est possible de croire que la *compliance* est une notion fonctionnelle, marquée essentiellement par une dualité de fonctions, soit assurer la conformité et promouvoir l'éthique. Insister sur le premier aspect conduit à lui attribuer une nature objective, en tant qu'ensemble de procédés destinés à vérifier l'adéquation de situations données avec la règle de droit. Mettre l'accent sur le second aspect aboutit à lui reconnaître une nature subjective, par renvoi à la démarche éthique des acteurs – entreprises, dirigeants, salariés, partenaires etc. – de la vie économique.

Il existe une unité autour de cette dualité, dans la mesure où l'éthique traduit une exigence morale à travers des modèles de comportement au service de l'application correcte de la norme. Ainsi la *compliance* s'intègre pleinement dans le champ juridique, le droit ayant vocation à normer les comportements.

Le développement du substantif « *compliance* » dans les pays francophones résulte sans doute de ce qu'aucun terme tiré de la langue française ne paraît traduire à lui seul cette forme de convergence, de symbiose, entre les deux approches visées, bien qu'une multitude de termes existants admettent des connections avec le processus envisagé.

¹ Sur ce point et les éléments qui suivent : Olivier DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire, 2014.5, n° 137. Lire également *infra* pour une série d'exemples de termes approchants.

² *Id.*

Ainsi en est-il des mots du langage courant, comme le respect (de la règle), la compatibilité ou l'adéquation (d'un comportement par rapport à la norme), la bonne conduite, mais encore la sécurité, la transparence, le franc-jeu, la bonne foi, la loyauté, la diligence, l'autodiscipline, l'intégrité etc. Des termes plus spécifiques, tirés par exemple du domaine de la médecine, peuvent permettre d'introduire des idées complémentaires à celles retenues jusqu'ici. Il en est ainsi de la thérapeutique et de la prévention (contre la maladie, s'agissant du domaine médical), lesquelles peuvent trouver des déclinaisons, à travers l'observance (l'observance thérapeutique renvoyant à l'adéquation entre le comportement du patient et le traitement proposé) ou encore la prophylaxie³. Transposés dans la sphère juridique, ces mots semblent évoquer les maladies du droit⁴ (complexité de la norme, foisonnement normatif, inefficience de la règle, tendance à la répression etc.) et suggèrent des traitements thérapeutiques tout à la fois préventifs et curatifs pour tenter de mieux appréhender ces maux juridiques et de les maîtriser.

Cette variété terminologique en lien avec la *compliance* fait apparaître la multitude des idées qui se déploient en ce domaine. Sans doute pourrait-on regretter que le terme anglo-saxon de *compliance*, parce qu'il n'évoque rien de très précis dans l'esprit d'un francophone, ait tendance à occulter certaines de ses multiples facettes, en particulier sa dimension prophylactique. Pour autant, c'est peut-être aussi sa force. N'étant pas un terme pourvu à ce jour d'une définition claire unanimement admise au regard de la langue française, à supposer d'ailleurs qu'il s'y intègre et y trouve une assise durable, comme le fair-play, le bulldozer, le flipper et le chewing-gum, il possède les avantages de sa relative indétermination. Il traduit une notion fonctionnelle encore jeune et, partant, potentiellement sujette à des enrichissements.

Cette considération explique sans doute que, bien qu'il soit ambigu, le terme soit largement accepté dans les milieux juridiques en France et au-delà, de préférence aux termes approchants de la langue française mais sans pour autant occulter ces derniers. Ainsi rencontre-t-on des expres-

³ Selon Larousse, la prophylaxie est un « ensemble de moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l'apparition, l'aggravation ou l'extension des maladies ».

⁴ Sur ce thème, Jean-Denis BREDIN, « Les maladies du droit », Conférence à la Cour de cassation, 17 janvier 2005, en ligne : <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._bredin_8160.html> (consulté le 5 septembre 2017).

sions variées, telles que celles de codes ou programmes de conformité, d'éthique dans les affaires, de déploiement et sensibilisation à l'éthique, d'intégrité etc. Cette variété créative s'exprime parfois à travers des mélanges audacieux comme «la conformité éthique», expression étonnante mais qui tend malgré tout à suggérer que le respect de l'éthique est la clé qui mène à la conformité en général, c'est-à-dire par rapport aux règles de droit dans leur ensemble.

L'enthousiasme autour de la *compliance* est perceptible. Elle est à la mode⁵. Mais, la mode se démode; c'est dans ses gènes. La crainte pourrait donc naître que la *compliance* ne soit qu'un phénomène passager. Pour autant, les propos précédents paraissent rassurants en ce qu'ils illustrent la permanence des idées par-delà le vocable utilisé, ce qui permet de faire la démarcation entre le potentiellement éphémère (la terminologie employée à un moment donné) et le durable (les idées sous-jacentes). Aussi, aborder la question de l'éthique dans le domaine des affaires à travers la *compliance* amène à regarder au-delà de l'horizon immédiat. Pour ne pas décevoir, mieux vaut l'annoncer d'emblée: malgré ses atouts indéniables, la *compliance* n'est pas la pierre philosophale qui pourrait transformer en or la conduite des entreprises. Elle n'empêchera jamais ces dernières et leurs partenaires de tricher et de violer les lois s'ils en manifestent le désir profond.

Le scandale Volkswagen sur le logiciel truqué dans les automobiles montre bien l'écart possible entre l'affichage par les acteurs économiques de principes à forte charge symbolique (le respect scrupuleux des lois, la condamnation de la corruption etc.), selon des formules déclaratoires quasi sacramentelles, et la difficulté de leur mise en œuvre, fût-elle ardemment souhaitée. Reprenons le «Preamble» du «Code of Conduct» du constructeur automobile: «By introducing the following Code of Conduct, we, the Volkswagen Group, have taken another resolute step in the exercise of our global and local responsibility [...] we consider *compliance* with international conventions, laws, and internal rules to be the basis for sustainable and successful economic activities»⁶.

⁵ Elle n'a toutefois pas que des adeptes. Pour une critique sévère de la normalisation des acteurs de l'économie qui serait engagée derrière les mots de *compliance*, transparence ou éthique, mais avec toutefois des nuances au moyen de l'affirmation possible de valeurs, lire Hervé JUVIN, «La gouvernance, piège pour les organisations?», *L'Expansion Management Review* 2005.116.1, p. 63 à 69.

⁶ Traduction libre: En introduisant le code de conduite suivant, nous, le Groupe Volkswagen, avons fait un autre pas résolu dans l'exercice de notre responsabilité

Ainsi, il est difficile de disconvenir que la *compliance* relève, dans une certaine mesure, d'une posture adoptée par les entreprises⁷. Pour autant, elle est aussi la marque d'une éthique promue avec sincérité par certains décideurs. Afficher une image d'honnêteté, dans un monde économique qui ressemble à une jungle, possède une évidente part de noblesse. Ce chemin est d'autant plus ardu que l'éthique possède plusieurs registres (faire son devoir, répondre des conséquences de ses actes, prendre en compte les intérêts d'autrui etc.)⁸. L'exemple de la fiscalité est tout à fait révélateur⁹. Les montages et scandales à base de paradis fiscaux ou bancaires ont nourri la presse mondiale au cours des dernières années, telle récemment l'affaire des « Panama papers »¹⁰.

globale et locale [...], nous considérons que le respect des conventions internationales, des lois et des règles internes constitue le socle permettant d'assurer la réussite et le caractère durable des activités économiques.

⁷ À propos de la responsabilité sociale de l'entreprise: Gérard HOFFMANN et Jean-Yves SAULQUIN, « Quand la RSE revisite la chaîne de valeur », *Management & Avenir* 2009.28.8, p. 48.

⁸ Pour un recensement, voir Michel JORAS, « Éthique et crises. Genèse d'une économie de la conformité éthique? », *Humanisme et Entreprise* 2011.301.1 (n° 301), p. 51 à 52.

⁹ Sur la *compliance* en général dans le domaine fiscal, lire Olivier DEBAT et Nicolas GENESTIER, « Une réflexion globale sur la "compliance fiscale" », dans Olivier DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétaria, 2014.8, n° 137.

¹⁰ Sur cette affaire, lire par exemple Amaury PEYRACH, « "Panama Papers": les révélations d'un scandale mondial d'évasion fiscale », *Le Figaro*, 4 avril 2016, en ligne: <<http://www.lefigaro.fr/international/2016/04/03/01003-20160403ARTFIG00197-une-fuite-massive-de-documents-revele-les-avoirs-de-personnalites-dans-des-paradis-fiscaux.php>> (consulté le 5 septembre 2017); Isabelle LASSERRE, « L'onde de choc mondiale des "Panama Papers" », *Le Figaro*, 5 avril 2016, en ligne: <<http://www.lefigaro.fr/international/2016/04/04/01003-20160404ARTFIG00295-l-onde-de-choc-mondiale-des-panama-papers.php>> (consulté le 5 septembre 2017); Joan TILOUINE, Simon PIEL, Maxime VAUDANO, Jérémie BARUCH et Anne MICHEL, « Chefs d'État, sportifs, milliardaires: premières révélations des "Panama Papers" sur le système offshore mondial », *Le Monde*, 3 avril 2016, en ligne: <http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/03/chefs-d-etat-sportifs-milliardaires-premier-revelations-des-panama-papers-sur-le-systeme-offshore-mondial_4894816_4890278.html> (consulté le 5 septembre 2017); Maxime VAUDANO, « "Panama papers": une plongée inédite dans la "boîte noire" des paradis fiscaux », *Le Monde*, 3 avril 2016, en ligne: <http://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2016/04/03/panama-papers-une-plongee-inedite-dans-la-boite-noire-des-paradis-fiscaux_4894823_4862750.html> (consulté le 5 septembre 2017); Anne MICHEL, « Le Panama "est en train de changer radicalement", selon l'OCDE », *Le Monde*, 27 octobre 2016, en ligne: <http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/10/27/le-panama-est-en-train-de-changer-radicalement-selon-l-ocde_

Si la *compliance* ne doit pas être encensée, elle ne doit pas non plus être condamnée. Elle ne mérite ni l'exaltation démesurée ni le dédain moqueur, les deux antipodes où s'installent les utopistes et les pessimistes chroniques. Bien sûr, la *compliance* n'empêchera pas la violation des règles par qui veut passer outre. Mais, l'argument est valable pour tout texte, toute notion, tout système juridique. Pas davantage la Constitution n'oppose d'obstacle aux chars envahisseurs, pas plus l'honneur ne dissuade un ministre ou un président de mentir devant les représentants de la Nation, pas davantage la loi pénale n'empêche les délits d'initiés... Et qu'en est-il de l'autre déesse, la régulation? Elle souffre des mêmes tares que sa «compliantie cousine». Elle n'a jamais éliminé les scandales financiers, comme le rappelle au monde le souvenir de la crise de 2008.

L'essor planétaire de la *compliance* témoigne au contraire de son utilité. Son efficacité sur les comportements est avérée¹¹, ce qui est profitable au système juridique. Dès lors, il est permis d'affirmer qu'elle est, ni plus ni moins, un instrument au service de la régulation juridique du marché qui vient compléter les autres voies possibles. Elle doit être considérée comme un outil régulateur et non comme une recette miracle. Voici qui met à égalité les promoteurs de *compliance*, de régulation par les acteurs économiques, de répression étatique et de droit mou, doux, flou.

Il n'est pas erroné de dire que le développement de la *compliance* est essentiellement volontaire, c'est-à-dire émane des intéressés eux-mêmes. Si elle relève d'une démarche spontanée de l'entreprise, c'est que celle-ci y a un intérêt. Parmi les données en présence, certaines peuvent amener à

5021352_3234.html> (consulté le 5 septembre 2017); Bastian OBERMAYER et Frederik OBERMAIER, *Le Secret le mieux gardé du monde. Le roman vrai des Panama Papers*, Paris, Seuil, 2016. Sur la réaction des administrations fiscales de l'OCDE: OCDE, «"Panama Papers": les administrations fiscales prêtes à agir», *Ocde.org*, 8 avril 2016, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/panama-papers-les-administrations-fiscales-pretres-a-agir.htm>> (consulté le 5 septembre 2017).

¹¹ Voir: Mark S. SCHWARTZ, «The Nature of the Relationship between Corporate Codes of Ethics and Behaviour», (2001) 32-3 *Journal of Business Ethics* 247. Cette étude s'intéresse à l'influence des codes d'éthique des entreprises, qui constituent l'un des principaux supports des programmes de *compliance*, sur les comportements. À travers un panel de 57 interviews d'employés, de responsables et d'«ethic officers» de quatre grandes entreprises canadiennes, elle révèle que ces codes sont un facteur potentiel agissant sur le comportement des agents de l'entreprise et développe les raisons permettant d'expliquer comment ils exercent cette influence (existence de valeurs personnelles, crainte de la discipline, fidélité envers l'entreprise etc.).

nuancer les vertus de l'éthique, telle l'idée de faute lucrative qui met en avant qu'un profit peut être tiré de la violation de la règle. Par ailleurs, l'éthique complexe conçoit que le bien puisse contenir un mal, le mal un bien, le juste de l'injuste, l'injuste du juste¹², ce qui brouille quelque peu les pistes¹³. Néanmoins, il est heureux que les entreprises trouvent plus d'avantages à respecter les lois qu'à les violer, d'où l'importance pratique des programmes de *compliance* dont l'un des aspects essentiels demeure le respect de la législation.

Le chemin de l'honnêteté est aussi imposé à l'entreprise. Les acteurs économiques sont amenés à privilégier l'éthique par des pressions externes. Il peut paraître surprenant de suggérer que l'éthique peut être subie. Toute entreprise ne devrait-elle pas tendre vers la vertu¹⁴? Une vision pragmatique amène à dire qu'une réponse positive tranchée serait empreinte d'une profonde méconnaissance du milieu des affaires. Pour autant, l'idée n'est pas de dire que les entreprises ne sont généralement pas vertueuses, ni que les plus honnêtes ne le sont que par contrainte. D'ailleurs, parmi celles qui sont dans l'illégalité, certaines sont victimes du malheur qui les frappe. En effet, il faut distinguer les entreprises criminelles et les entreprises criminalisées¹⁵. Mais, à cibler les entreprises qui adoptent la voie de l'éthique, il

¹² L'« éthique complexe » est opposée ici à la « morale non complexe » qui obéirait à un code binaire, c'est-à-dire bien / mal, juste / injuste. Voir: Edgar MORIN, *Éthique* (La méthode 6), Paris, Seuil, 2004, p. 60. Par exemple, les professionnels du travail social se disent quotidiennement confrontés à des situations où les deux dimensions se confondent. En ce sens: Roland JANVIER, *Éthique de direction en institution sociale et médico-sociale*, 2^e éd., Montrouge, ESF éditeur, 2015.

¹³ Pour une réflexion critique sur la distinction entre l'éthique et la *compliance*, voir Christopher MICHAELSON, « *Compliance and the Illusion of Ethical Progress* », (2006) 66-2, 3 *Journal of Business Ethics* 241.

¹⁴ Une question récurrente est celle du sens à attribuer à l'éthique et spécialement de savoir s'il faut la distinguer de la morale. Nous considérons ici, à l'instar du professeur Le Tourneau, que les termes d'éthique et de morale ont la même signification. Tous deux désignent une considération régulatrice des comportements. Voir: Philippe LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2000 (et version révisée sur le site personnel de l'auteur, en ligne: <<http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires.htm>> (consulté le 5 septembre 2017)).

¹⁵ Sur cette distinction: Soazig LEDAN-CABARROQUE, « L'entreprise créatrice et blanchisseuse de capitaux illicites », dans Arnaud DE BISSY et Olivier DEBAT (dir.), *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Paris, Dalloz, 2015, p. 565-572. Les entreprises criminalisées sont des entreprises ayant des activités licites et qui sont victimes d'agissements illicites, par exemple de la part de réseaux de blan-

est vrai que quelques-unes en font un enjeu majeur tandis que d'autres se contentent de suivre le mouvement, subissant la poussée en faveur de l'éthique.

Ainsi, il est opportun de relever les attraits de l'éthique choisie (I) avant d'étudier les ressorts de l'éthique subie (II).

I. De l'éthique choisie

De nombreux éléments militent en faveur du choix de développer un programme de *compliance*¹⁶, comme la volonté d'éviter les sanctions en se conformant à la loi¹⁷ ou encore de gérer les questions des conflits d'intérêts¹⁸ ou d'analyse des risques¹⁹. Parmi les données primordiales, il peut être remarqué que, de façon très positive, l'éthique favorise l'image de l'entreprise (A) et agit dans le sens de la protection des décideurs (B).

chiment de capitaux qui les utilisent pour réintroduire dans le circuit économique le produit de leurs activités illicites.

¹⁶ Le programme de *compliance* peut prendre de multiples formes (code d'éthique, charte d'éthique, stipulations contractuelles, formations etc.). Sur la mise en place d'un code d'éthique: Fabien DURIF et al., «Un code d'éthique, oui, mais comment?», *Gestion* 2009.34.2, p. 21 à 30. Sur les chartes éthiques: Thierry POSTIF, «Les chartes éthiques», dans Olivier DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire, 2014.6, n° 137.

¹⁷ Concernant le champ pénal, lire Soazig LEDAN-CABARROQUE, «La prévention du blanchiment sociétariaire par la *compliance*», dans Olivier DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétariaire, 2014.7, n° 137. Le thème de la sanction peut être mis en lien avec celui de l'incitation. Pour une réflexion sur la possibilité d'aller au-delà de la seule sanction par la mise en place au sein de l'entreprise d'un système de récompense au titre de la démarche éthique: Clare PAYNE, «Ethics or Bust: Beyond *Compliance* and Good Marketing», *Finance & Bien Commun* 2007.27.2, p. 25.

¹⁸ Pour une réflexion: Mustapha MEKKI, «La lutte contre les conflits d'intérêts: essor de la transparence ou règne de la méfiance?», *Pouvoirs* 2013.147.4, p. 17 à 32. Sur la conclusion que la prévention des conflits d'intérêts est au cœur du système de gouvernance d'entreprise car elle est de nature à garantir la confiance des investisseurs et prévenir la survenance de scandales éthiques: Jean-Yves TROCHON, «Les conflits d'intérêts: aspects de gouvernance», *Cah. dr. ent.* 2016.2.14.

¹⁹ Lire Pierre MEMHELD, «Intelligence économique, déontologie, conformité et anticipation des risques», *Revue internationale d'intelligence économique* 2012.4.2, p. 125 à 137.

A. L'éthique : un enjeu pour l'image de l'entreprise

Manifestement, le monde vit à l'heure de l'incorporel et de l'information. Dans le bilan des entreprises, spécialement pour les plus importantes d'entre elles, les éléments incorporels occupent en règle générale une place prédominante. Leur valeur influe sur celle de l'entreprise et donc sur celle du titre de capital. Or, n'étant pas physiques, ils sont extrêmement volatiles. La valeur vénale d'une entreprise dépend ainsi notamment de son image auprès de sa clientèle, source de ses profits et de la valorisation de ses incorporels. Par ailleurs, l'information, par essence dématérialisée, peut avoir un effet important sur la valeur économique des entreprises, en particulier s'agissant de celles qui sont cotées sur des marchés.

Ainsi, maîtriser la communication, appréhender le risque « e-reputationnel » sur les réseaux sociaux numériques²⁰, comptent parmi les enjeux de taille pour les entreprises. Par exemple, le groupe Nestlé a été amené à communiquer sur le thème de la déforestation²¹ après avoir été accusé par Greenpeace de la favoriser²². Sous le prisme managérial, la réputation numérique « se doit » d'être gérée par les organisations²³. Pour prendre un exemple général, la tendance à la négociation avec les États des grosses entreprises ayant trop habilement utilisé le système international et l'annonce de l'abandon par certains groupes de dispositifs abusifs, tels les montages hybrides²⁴, sont sans doute symptomatiques de la gestion de l'information par les grandes entreprises. Effectivement, ces situations ont été largement dénoncées par les médias et sur les réseaux sociaux, ce qui a

²⁰ Sur ce thème en général, Christophe ALCANTARA (dir.), *E-réputation. Regards croisés sur une notion émergente*, Gualino, Lextenso éditions, 2015.

²¹ Voir: NESTLÉ, « Nestlé open forum on deforestation, Malaysia », *Nestle.com*, en ligne: <<http://www.nestle.com/media/mediaeventscalender/allevnts/2010-nestle-open-forum-on-deforestation-malaysia>> (consulté le 5 septembre 2017).

²² Voir: GREENPEACE, « Sweet success for Kit Kat campaign: you asked, Nestlé has answered », *Greenpeace.org*, en ligne: <<http://www.greenpeace.org/international/en/news/features/Sweet-success-for-Kit-Kat-campaign/>> (consulté le 5 septembre 2017).

²³ Lire Camille ALLOING, *[E]réputation médiation, calcul, émotion*, Paris, CNRS éditions, 2016.

²⁴ Voir: Olivier DEBAT et Jean-Pierre LIEB, « Le projet Beps: une refondation de l'ordre fiscal international? », *Feuillet rapide fiscal social* 2016.4.6 et 2016.6.6.17. Sur le cas du « trust »: Élodie MARGUERITE et Olivier DEBAT, « La neutralisation des effets de l'hybridité fiscale du trust à l'épreuve de la souveraineté des États », *Revue fiscale du patri-moine* 2016.10.22.

incité les entreprises à réagir. Toutefois, cette stratégie de communication n'est probablement pas la cause unique de leur attitude.

Parmi les outils pour y répondre figure la *compliance*. Sa mise en œuvre ne découle pas simplement de la nécessité de veiller au respect des normes juridiques, laquelle implique une vigilance accrue de la part des membres de l'entreprise compte tenu de ce que le droit est devenu extrêmement complexe. Elle est aussi, pourrait-on dire, un outil marketing, un instrument de communication des acteurs économiques auprès du public, utilisé pour déployer une bonne image. Selon les cas, elle n'est probablement que cela ou elle correspond simultanément à une démarche sincère de ses dirigeants. Si la *compliance* est ici étudiée sous l'angle du droit, il n'est guère difficile de se convaincre de son importance au regard des sciences de l'information et de la communication. Sans préjugé porté quant à la sincérité de ses promoteurs dans une entreprise donnée, il suffit de regarder combien les outils déployés par certaines entreprises autour de la *compliance* utilisent les ressorts du marketing et de la communication pour voir que c'est là un aspect essentiel. Que distingue-t-on à travers les nombreux interviews des responsables ou les supports de programmes de *compliance* disponibles sur la toile, sinon des images rassurantes? Quels sont les messages véhiculés par ces voix douces et tranquillissantes, par ces regards pleins d'assurance, par ces musiques apaisantes et par ces nombreuses images qui agrémentent certains supports de communication autour de la *compliance*, celles de clients confiants et rassurés d'abord, de partenaires actifs et responsables ensuite, de salariés impliqués et consciencieux enfin? Tout cela est un jeu sur l'image, sur celle de l'entreprise.

Il faut toutefois sans doute relativiser cette importance de l'image de l'entreprise et son incidence dans le choix de la démarche éthique. L'aspect juridique, c'est-à-dire la volonté de favoriser le respect des règles, demeure un élément primordial. Certes, le marché boursier est extrêmement réceptif à l'information, bonne ou mauvaise, qui rend la vie heureuse aux spéculateurs et joue parfois sans raison sur la valeur du titre au détriment de la stabilité de l'entreprise. En revanche, pour ce qui est du public, les nuances sont certainement perceptibles entre leur comportement attendu face à l'altération de l'image de l'entreprise et leur attitude réelle. Ainsi, le scandale lié à la tricherie par le groupe Volkswagen a, semble-t-il, entraîné une baisse relativement modeste (5 % tout au plus) de ses ventes en 2015²⁵,

²⁵ LE MONDE.FR AVEC AFP, AP ET REUTERS, « Les ventes de Volkswagen plombées par le scandale du diesel et la Chine », *Le Monde*, 8 janvier 2016, en ligne : <<http://www.>

lesquelles sont reparties à la hausse dès le début de l'année 2016²⁶, même s'il a des répercussions financières importantes pour le groupe²⁷ et que sa découverte a généré une chute immédiate de sa valeur en bourse²⁸. De même, le site de Google occupe une place prédominante sur Internet sans paraître subir les conséquences que sa stratégie dénoncée d'optimisation fiscale pourrait laisser craindre. C'est dire que s'il faut espérer des effets à la violation de l'éthique, ce n'est pas tant sur la réaction du marché qu'il faut compter – en dehors des soubresauts passagers des marchés boursiers – que sur celle du droit.

lemonde.fr/automobile/article/2016/01/08/les-ventes-de-volkswagen-en-recul-de-5-en-2015_4844183_1654940.html> (consulté le 5 septembre 2017).

²⁶ Annelot HUIJGEN, « En dépit du scandale, les ventes de Volkswagen ont bondi en janvier », *LE FIGARO*, 2 février 2016, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/societes/2016/02/02/20005-20160202ARTFIG00015-en-depit-du-scandale-les-ventes-de-volkswagen-ont-bondi-en-janvier.php>> (consulté le 5 septembre 2017).

²⁷ Notamment, le groupe Volkswagen est amené à subir des charges importantes qui pèsent sur ses résultats, par exemple celles qui sont liées au rappel et aux interventions sur les véhicules concernés : « Volkswagen AG took a 16.2 billion (\$18.28 billion) charge related to the emissions-cheating scandal, forcing it to slash its 2015 dividends and post a deep loss. Volkswagen on Friday posted a net loss of 1.58 billion for 2015, compared with a net profit of 10.85 billion a year earlier. The company posted an operating loss of 4.1 billion for the year. Revenue rose 5.4% to 213.3 billion from 202.5 billion. Volkswagen will cut its ordinary dividend to 0.11 a share after paying 4.80 for 2014, and its dividend on preferred shares to 0.17 from 4.86. » (Sarah SLOAT, « Volkswagen Posts Deep Loss After Taking \$18.28 Billion Hit on Emissions Scandal. Charge represents large increase on sum initially set aside to cover recalls and repairs », *The Wall Street Journal*, 22 avril 2016, en ligne : <<http://www.wsj.com/articles/volkswagen-posts-deep-loss-after-taking-18-28-billion-hit-on-emissions-scandal-1461333307>> (page consulté le 5 septembre 2017)).

²⁸ Voir : Naomi KRESGE et Richard WEISS, « Volkswagen Drops 23% After Admitting Diesel Emissions Cheat », *Bloomberg*, 21 septembre 2015, en ligne : <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-09-21/volkswagen-drops-15-after-admitting-u-s-diesel-emissions-cheat>> (consulté le 5 septembre 2017). En effet, « Volkswagen AG lost almost a quarter of its market value after it admitted to cheating on U.S. air pollution tests for years, putting pressure on Chief Executive Officer Martin Winterkorn to repair the reputation of the world's biggest carmaker. [...] Volkswagen plunged as much as 23 percent to 125.40 euros in Frankfurt, wiping out about 15.6 billion euros (\$17.6 billion) in market value. The stock closed at 132.2 euros, its lowest in more than three years ».

B. L'éthique : un enjeu de protection des décideurs

Cet aspect n'est pas non plus à négliger. En tant qu'il définit une ligne de conduite éthique à adopter, orientée vers le respect des règles de droit, le programme de *compliance* mis en œuvre par l'entreprise apparaît comme un message des dirigeants à l'attention de ses collaborateurs et des tiers. Il est une courroie de transmission de cette politique en vue de son application concrète, de façon tout à la fois interne et externe à l'entreprise. En particulier, le message s'adresse aux salariés et aux contractants de l'entreprise, comme ses sous-traitants.

Parmi ses avantages, cet affichage a une vertu protectrice pour les décideurs, même si son but premier demeure la protection de l'entreprise elle-même grâce à une meilleure application de la loi. Il permet aux décideurs de s'affranchir plus aisément des éventuelles violations commises, non pas tant d'ailleurs pour ne pas devoir en endosser la responsabilité au sens très général du terme – et l'on sait notamment que certains dirigeants sont révocables *ad nutum* –, puisque c'est en pratique un des aspects de la fonction de tout décideur²⁹, que pour avoir la paix de l'esprit. Il est plus confortable pour un dirigeant de pouvoir s'abriter derrière le parapluie de son éthique, telle qu'il l'a clairement affichée et vécue, que de devoir assumer moralement des violations qu'il n'a ni souhaitées ni même – bien souvent – connues. La protection est d'autant plus bénéfique que l'efficacité avérée des programmes d'éthique réduit d'autant le risque du décideur, c'est-à-dire diminue le risque managérial, au moyen de solutions généralement flexibles et créatives³⁰ qui peuvent le moment venu influencer sur la solution judiciaire.

Une preuve tangible des effets bénéfiques de la *compliance* peut être donnée en droit fiscal à travers l'idée de risque excessif, à propos duquel la doctrine s'est demandée s'il correspond à une théorie autonome³¹. Sa prise

²⁹ Le fait que l'on parle indifféremment d'un responsable pour faire référence à un décideur est tout à fait révélateur.

³⁰ Ronald FRANCIS et Anona ARMSTRONG, « Ethics as a Risk Management Strategy: The Australian Experience », (2003) 45-4 *Journal of Business Ethics* 375 : « Where the law seeks sanctions, ethics may seek flexible and creative solutions. On first principles a court will consider a Code of Ethics as of substantial relevance. Ethical self-regulation is a complement to the law. Ethics seems to be more effective when it is positive rather than punitive ».

³¹ Sur la question de savoir si la théorie du risque excessif constitue une théorie autonome de celle de l'acte anormal de gestion : Patrick SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*,

en compte par le juge fiscal français souligne le besoin pour l'entreprise de développer des procédés internes visant le respect des règles de droit. Spécialement, les discussions autour du risque excessif ont été nourries par des contentieux liés à des détournements de fonds commis au détriment d'entreprises par des salariés. En tant que victime de ces procédés malhonnêtes, l'entreprise concernée souhaite déduire les pertes tandis que l'administration fiscale s'abrite derrière les manquements de l'entreprise dans le contrôle de ses salariés pour refuser la déduction. La démarche du juge de l'impôt consiste en une analyse de l'attitude du contribuable. Les montants ne peuvent pas être admis en déduction dans l'hypothèse où les détournements n'ont été rendus possibles que par une carence du contrôle interne, laquelle est imputable aux dirigeants³². *A fortiori*, les détournements commis par les dirigeants ne sont pas fiscalement déductibles. Sur le fond, l'admission du risque excessif a été une concession trop importante apportée par le juge à la protection des intérêts de l'administration fiscale. Celle-ci s'est engouffrée sans mesure dans cette porte ouverte et le juge a eu du mal à contenir l'essor de sa position³³. Mais, à cibler le cas du

15^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 59, p. 64. Voir aussi Arnaud DE BISSY et Gilles DEDEURWAERDER, « Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale », *Cah. dr. entr.* 2012.3.14; Jean-Louis MÉDUS, « Acte anormal de gestion et théorie du risque manifestement excessif en fiscalité », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 2016.41.1551.

³² Les détournements de fonds commis par des salariés au détriment d'une société ne sont pas déductibles en pertes si le comportement délibéré des dirigeants, associés ou investis de la qualité de mandataire social, ou leur carence manifeste dans l'organisation de la société et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle, contraires à l'intérêt de l'entreprise, ont été à l'origine, directe ou indirecte, de ces détournements : Arnaud DE BISSY, note sous Cons. d'Ét., 5 octobre 2007, *Droit fiscal* 2008.6.165. On note en revanche que le juge conclut à l'inopposabilité à l'entreprise des erreurs comptables commises intentionnellement par un salarié en dehors de l'exercice normal de ses fonctions malgré l'existence de carences dans l'organisation interne : Jérôme ARDOUIN et Mathieu FERRÉ, note sous Cons. d'Ét., 9 mars 2016, *Droit fiscal* 2016.21.335.

³³ Le principe est que l'administration n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Pour un rappel, Cons. d'Ét., 23 janvier 2015, *SAS Rottapharm*, *Rec. Cons. D'Ét.*, p. 16. Pour une étude qui révèle bien la difficulté à articuler ce principe de non immixtion et la « théorie » du risque excessif, lire Cécile RAQUIN, « L'évaluation du risque pris par les entreprises conduit-elle l'administration à s'immiscer dans leur gestion ? », *R.J.F.* 2011.7, p. 699 à 704. Récemment, le Conseil d'État a ciblé l'application de sa jurisprudence sur le risque excessif au seul cas de détournement de fonds. Émilie BOKDAM-TOGNETTI et Olivier FOUQUET, note sous Cons. d'Ét., 13 juillet 2016, *Droit fiscal* 2016.36.464. (« C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'Administration doit apprécier si les opérations litigieuses correspondent à des actes relevant d'une gestion commerciale normale. Indépendamment du cas de détournements de

détournement, quels enseignements tirer de la position du juge sinon qu'elle est une manifestation des manques avérés d'un programme efficace de *compliance* au sein de l'entreprise? Parce qu'il doit se traduire concrètement par des garde-fous, par des procédés de contrôle interne et à l'égard des partenaires, et non s'en tenir à des déclarations de façade, un véritable programme de *compliance* fournit à l'entreprise des arguments au moment de défendre l'action de ses décideurs.

L'exemple souligne que le choix de développer une stratégie de *compliance* est intimement lié à la conscience des risques induits par la violation de la norme et à celle qu'il est dans l'intérêt de l'entreprise tout à la fois de prévenir ces violations et de posséder des éléments permettant, le cas échéant, de défendre sa politique vertueuse. Pour autant, toutes les entreprises ne privilégient pas spontanément cette logique d'éthique. Parfois, celle-ci est moins promue que subie.

II. De l'éthique subie

L'application de procédés de *compliance* dans certaines entreprises est moins la preuve d'une conviction des dirigeants que la manifestation d'une éthique subie, c'est-à-dire trouvant ses fondements dans des éléments externes à l'entreprise. Cette pression en faveur de l'éthique venue de l'extérieur émane en particulier des partenaires de l'entreprise (A) et des États (B).

A. L'éthique : une voie imposée par les partenaires de l'entreprise

Les entreprises qui mettent en place des programmes de *compliance* au nom d'une éthique choisie souhaitent ardemment concrétiser leur démarche. Elles amènent leurs partenaires à s'insérer dans une logique similaire. De tels programmes ne possèdent effectivement aucune utilité s'ils demeurent abstraits. Il en est de même s'ils correspondent à une démarche purement formelle destinée à servir de paravent en reportant la responsabilité sur

fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants, il n'appartient pas à l'Administration, dans ce cadre, de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats.»)

autrui³⁴. C'est l'action qui en assure seule la valeur et c'est sur le terrain de la mise en œuvre que se dévoilent les entreprises animées par le souffle de la vertu.

Ainsi, la *compliance* est intimement liée au contrôle. Elle est un processus de vérification de la conformité des actions conduites au contenu des règles de droit. C'est la raison pour laquelle tout véritable programme de *compliance* retentit sur les partenaires de l'entreprise, alors même qu'il constitue un acte dans le seul ordre juridique de l'entreprise – au sens de Santi Romano³⁵ – et non dans celui de ses partenaires. Cette prise en compte d'une règle appartenant à un autre ordre juridique se traduit par l'idée de « *relevance* ».

A priori, l'efficacité de cet acte à des personnes extérieures à l'entreprise nécessite l'intermédiation de la volonté, c'est-à-dire le désir partagé de se lier par une règle commune, ce qui est le domaine du contrat. Par le recours à l'acte juridique entre l'entreprise qui dispose d'un programme de *compliance* et son partenaire, se réalise l'extension de l'éthique promue par la première au second. Ainsi, les stipulations d'un contrat (de distribution, d'approvisionnement etc.) peuvent permettre de contractualiser une charte éthique. Par exemple une telle charte pourrait fort bien traduire l'engagement du partenaire de respecter dans ses établissements certaines règles de sécurité, de lutter contre le gaspillage (énergétique, de matières etc.) ou de reconnaître des droits sociaux allant au-delà des exigences des réglementations nationales et internationales applicables. Pareillement, elle pourrait contenir des engagements de ne pas faire, par exemple de ne pas porter atteinte à la biodiversité ou encore de ne pas recourir à des structures dans des paradis fiscaux ou des États ou territoires non coopératifs, sous peine d'être responsable du préjudice causé³⁶, du fait par exemple de

³⁴ Étienne PERROT, « Néo-libéralisme », *Études* 2005.402.2, p. 185 à 195. Traitant du dynamisme des métiers de la finance et du capitalisme patrimonial, l'auteur constate que « chaque agent joue la conformité et s'abrite derrière une norme formelle, ou la signature du supérieur hiérarchique ou celle du client. Ici encore, la sécurité des uns fait l'incertitude des autres » (p. 195).

³⁵ Santi ROMANO, *L'ordre juridique* (traduction française de la 2^e édition de l'« *Ordinamento giuridico* » par Lucien François et Pierre Gothot), Paris, Dalloz, 1975.

³⁶ Par exemple, l'entreprise peut subir un préjudice en se voyant refuser fiscalement la déduction de charges (honoraires, charges financières, redevances etc.) au motif que le prestataire est implanté dans un paradis fiscal, c'est-à-dire dans un pays à fiscalité privilégiée. En droit français, voir notamment : l'article 238 A du *Code général des impôts*

la non déductibilité de certaines charges, et d'encourir la rupture de la relation contractuelle.

À côté de cette éthique transplantée par voie contractuelle, il faut aussi faire état de l'éthique opposée de façon unilatérale. La démarche peut prendre de multiples formes. Ainsi en est-il à propos des codes éthiques mis en place par les organisations représentatives d'entreprises qui demandent à leurs membres de s'y conformer sauf à devoir s'expliquer (« *comply or explain* »)³⁷. Surtout, il faut relever que l'entreprise qui possède un programme de *compliance* est, en maintes occasions, amenée à exiger de son partenaire la fourniture d'informations et de documents destinés à vérifier son éthique. C'est là un aspect majeur qui permet la diffusion massive de la *compliance* à travers les circuits de sous-traitance et les réseaux d'approvisionnement et de distribution. Par exemple, avant d'admettre un partenaire parmi ses fournisseurs, il n'est pas rare que l'entreprise exige de lui, en application de son programme interne de *compliance*, qu'il lui transmette des documents prouvant qu'il est à jour de ses obligations fiscales ou sociales. Plus généralement, les informations demandées sont extrêmement variées : renseignements sur les personnes, sur les pratiques mises en œuvre³⁸, sur les sous-traitants et partenaires, sur les droits de propriété intellectuelle possédés, sur des aspects financiers³⁹ etc. Un processus similaire se manifeste dans les opérations d'acquisition et de restructuration, à travers un audit des risques en matière de conformité⁴⁰. Cet audit se manifeste à travers ce que la pratique appelle bien souvent la « *due diligence* » au cours de laquelle sont menées des opérations de collecte, d'investigation et d'analyse des données de la cible, telles que les activités exercées, les circuits

français, disponible en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>> (consulté le 5 septembre 2017).

³⁷ Voir : Catherine REFAIT-ALEXANDRE, Jean-Christophe DUHAMEL et Björn FASTERLING, « La recherche de légitimité par la conformité aux codes de gouvernance d'entreprise. Une analyse des déclarations de conformité des sociétés françaises du SBF 120 », *Management & Avenir* 2014. 69.3, p. 32 à 51. Également sur ce principe : Pascal DURAND-BARTHEZ, « Le principe "appliquer ou expliquer" », *Cah. dr. entr.* 2016.2.11.

³⁸ Par exemple, en vue de s'assurer du respect des règles de concurrence, de l'absence de travail dissimulé, de l'absence de recours au travail des enfants.

³⁹ Par exemple, en vue de vérifier que le financement de l'entreprise ne fait apparaître aucun blanchiment de capitaux. Sur ce thème : S. LEDAN-CABARROQUE, préc., note 17.

⁴⁰ Sur les actions à entreprendre à l'occasion de telles opérations, lire Laura PAGET et Corinne SUNÉ, « Le rôle du responsable conformité dans le processus de fusion-acquisition », dans Olivier DEBAT (dir.), *Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise*, Actes Pratiques et ingénierie sociétair, 2014.9, n° 137.

de distribution, la nature et la localisation des revenus, la liste des clients, l'analyse minutieuse des transactions avec les pays à risque et des contrats conclus avec des personnes du secteur public⁴¹.

Ces éléments favorisent l'essor de la *compliance*. D'une part, les exigences imposées aux partenaires, notamment par voie contractuelle, aboutissent à reconnaître aux programmes de *compliance* des entreprises une certaine force contraignante qu'elles arrivent à véhiculer à travers les frontières. Ceci est vrai tout spécialement s'agissant de celles qui ont un poids économique important. D'autre part, une entreprise même non convaincue des bienfaits de la *compliance* peut être conduite, par souci de mimétisme et pour montrer qu'elle est digne de la confiance de ses partenaires, à adopter un tel programme. Le monde des affaires étant indissociable de la confiance, il est plus aisé pour un acteur économique de justifier cette confiance lorsqu'il adopte les mêmes standards que ces partenaires. Or, précisément la *compliance* promeut des standards qui assurent une sorte de socle commun de valeurs par-delà la variété des législations au niveau international⁴².

Ainsi rejoint-on les analyses développées par monsieur Gunther Teubner, selon lesquelles la globalisation aboutit à une certaine rupture des cadres normatifs existants. La mondialisation du droit tend à créer un processus d'élaboration décentrée des « lois », prises non pas au sens organique qui leur est reconnu en droit public mais conçues comme des décisions productrices de règles ayant précisément une certaine force contraignante. L'idée trouve une expression manifeste à travers la *lex mercatoria*. En découlent des formes de domination par les gouvernements privés qui affirment la validité de ces « lois » dans le monde entier, indépendamment de la loi des États-nations⁴³.

⁴¹ *Id.* Tout particulièrement, pour les contrats conclus avec des clients du secteur public, il y a lieu d'être vigilant dans les pays à risque « dans la mesure où certains fonctionnaires peuvent estimer que leur intermédiation mérite rémunération ».

⁴² Pour une proposition de Code de l'éthique des codes éthiques des entreprises, permettant une évaluation de ces derniers au regard de certains standards (respect, responsabilité, citoyenneté etc.) : Mark S. SCHWARTS, « A Code of Ethics for Corporate Code of Ethics », (2002) 41-1, 2 *Journal of Business Ethics* 27.

⁴³ Sur ces travaux : Gunther TEUBNER, *Global Law Without a State*, Aldershot, Brookfield, Dartmouth, 1997 ; Gunther TEUBNER, « Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria* », (2002) 5 *European Journal of Social Theory* 199.

B. L'éthique : une voie imposée par les États

Les liens qui existent entre l'éthique et le droit sont multiples. Outre que l'éthique se diffuse à travers la « loi des marchands » (*lex mercatoria*)⁴⁴, il faut convenir qu'elle favorise le respect de la loi par l'adoption de comportements conformes à celle-ci. En sens inverse, il devrait pouvoir être affirmé que la loi met au premier plan l'éthique. Or, si de nombreuses dispositions existent dans les divers systèmes juridiques pour la favoriser⁴⁵, la proposition n'est pas totalement vraie compte tenu des maux dont souffre le droit, comme l'inflation normative. En effet, la loi est devenue tellement illisible, même pour les spécialistes du droit, qu'elle dévalorise en définitive l'éthique parce qu'elle ne permet plus de discerner pleinement ce qui est essentiel de ce qui n'est qu'accessoire, voire insignifiant ou superflu⁴⁶. Tout autant que certains programmes de *compliance*, la loi est devenue de façon déplorable un outil de communication pour nos gouvernants.

C'est la loi qui, par ses grands principes, devrait permettre à l'entreprise de mesurer le champ attendu de son éthique. Dans une certaine mesure la loi remplit cette mission, par exemple à travers les règles de déontologie qui se déploient dans maintes professions. De même, le dispositif « se

⁴⁴ Pour une étude: Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Éthique et *lex mercatoria* », dans Jean-Yves NAUDET (dir.), *Mondialisation et éthique des échanges*, Actes du neuvième colloque d'éthique économique, Aix-en-Provence, 4 et 5 juillet 2002, Centre de recherches en éthique de l'Université Paul Cézanne, coll. « Éthique et déontologie », Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence Éditeur, 2003, p. 89 à 107.

⁴⁵ Pour un approfondissement et des exemples, lire *infra*.

⁴⁶ Lire par exemple les critiques de J.-D. BREDIN, « Les maladies du droit », préc., note 4: « Aujourd'hui, la loi semble avoir vocation à tout faire. "Nous traitons des grandes déclarations et des détails les plus extrêmes... la loi n'est plus pour nous qu'un constat, une photographie instantanée". Tout est devenu matière, ou prétexte, pour légiférer ». Sur le thème de l'inflation législative: René SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », Paris, Dalloz, 1977, p. 43; Piotr ZWIERSYKOWSKI, « L'inflation législative – quelques repères méthodologiques sur l'exemple de la législation polonaise », *Revue internationale de droit comparé* 2005.57.3, p. 735 à 765. Sur ce même thème et ceux de la révision incessante des lois et des obsessions du droit qui risquent de pousser les législateurs à créer des lois de communications: Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2006. Sur la banalisation du recours à la « législation déléguée », c'est-à-dire aux ordonnances: Jean-Marc SAUVÉ, « La législation déléguée », colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques, l'Institut Cujas et la Société de législation comparée, Conseil d'État, 6 juin 2014, en ligne: <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-legislation-delegee>> (consulté le 5 septembre 2017).

conformer ou s'expliquer » peut être reçu par la norme juridique, comme dans le cas de l'Union européenne⁴⁷. Un dernier exemple peut être pris à travers la lutte contre la corruption. Outre les nombreux dispositifs adoptés au niveau des États, peut être rappelée l'existence de la Convention de l'OCDE de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁴⁸. L'organisation internationale insiste sur la dimension éthique de la démarche : « La corruption, active ou passive, est préjudiciable aux institutions démocratiques et au gouvernement d'entreprise [...] L'adoption de pratiques adéquates de gouvernement d'entreprise constitue également un volet essentiel pour favoriser une culture de l'éthique au sein de l'entreprise »⁴⁹. C'est ainsi que dans de très nombreux pays (France, Canada, Corée, États-Unis, Islande, Japon, Suède etc.)⁵⁰ la loi refuse la déductibilité fiscale des sommes ayant servi à corrompre un agent public étranger⁵¹.

Mais de façon étonnante, bien souvent c'est plutôt l'inverse qui se produit. Ce sont les entreprises qui, par leurs programmes de *compliance*, identifient les valeurs qui guident (devraient guider?) la loi et reconstrui-

⁴⁷ Sur ce dispositif, voir *supra* II A. À propos de la directive 2006/46/CE qui applique ce système du « *comply or explain* », ainsi que sa transposition en France: Björn FASTERLING, Jean-Christophe DUHAMEL, « Le Comply or explain: la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique* 2009.XXIII.2.2, p. 129 à 157.

⁴⁸ *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes*, 17 décembre 1997, en ligne : <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf> (entrée en vigueur: 15 février 1999) (consulté le 5 septembre 2017). À ce jour, les 35 pays membres de l'OCDE et 6 pays non membres (Afrique du Sud, Argentine, Brésil, Bulgarie, Colombie, Russie) l'ont adoptée.

⁴⁹ *Id.*, p. 51.

⁵⁰ Pour d'autres exemples et un aperçu des différentes lois adoptées par les États: OCDE, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, Comité des affaires fiscales, Groupe de travail n° 8 sur l'évasion et la fraude fiscales, *Mise à jour des informations relative au régime fiscal des pots de vins versés à des agents publics étrangers*, Doc. off. DAFPE/CFA/WP8(2000)12 (3 octobre 2000) (disponible en ligne : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAFFE/CFA/WP8\(2000\)12&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAFFE/CFA/WP8(2000)12&docLanguage=Fr) (consulté le 5 septembre 2017)). Voir aussi: les dispositions de la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes*, préc., note 48.

⁵¹ Sur le cas de la France: Olivier DEBAT et Thierry POSTIF, « De l'absence de déductibilité fiscale des sommes ayant servi à corrompre un agent public étranger », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires* 2015.68.

sent le contenu du système juridique à travers des grands principes : prévention des conflits d'intérêts, engagement à une concurrence loyale, lutte contre la corruption, etc. En réalité, ce ne sont pas tant les entreprises qui jouent ce rôle – elles sont plutôt des porte-paroles – que les juristes, lesquels sont les véritables penseurs des programmes de *compliance*.

Malgré tout, à considérer le bon grain et non plus l'ivraie, la loi invite à adopter une démarche d'éthique⁵². Elle peut même le faire de façon très prononcée et coercitive. Les discours autour de la mondialisation insistent beaucoup sur la toute-puissance des entreprises multinationales, sur leur aptitude à s'affranchir des règles étatiques, et conséquemment sur l'impotence des États. Le constat est en partie vrai seulement. Les progrès de la *compliance* fournissent des arguments pour nuancer de tels discours et revisiter le lien entre les sujets de droit et la norme. Le postulat de la volonté des entreprises de s'affranchir de la règle de droit est erroné pour une grande majorité d'entre elles. Ce que souhaite une entreprise, c'est obtenir de la sécurité juridique, laquelle appelle des règles de droit claires et durables.

Le programme de *compliance* répond à cette logique ; il cherche à harmoniser la règle par-delà la variété des législations étatiques. La *compliance* est un processus ascendant, une action des destinataires de la règle en direction de sa source. Elle est un prolongement contemporain de la participation de la pratique à l'élaboration d'un droit commun international. Cela doit conforter dans leur conviction les tenants d'une éthique choisie. Réciproquement, elle est aussi un procédé descendant, c'est-à-dire qu'elle est le

⁵² Par exemple, en France, le législateur a créé le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, dont la mission est de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé (Code de la santé publique, art. L1412-1). D'une façon générale, lire Mark S. BLODGETT, « Substantive Ethics: Integrating Law and Ethics in Corporate Ethics Programs », (2011) 99-1 *Journal of Business Ethics* 39, 45. L'auteur parle de « *substantive ethics* » et, selon lui, « [t]he argument for ethics without regard for law to guide business behavior may be analogous to arguing for the abolition of law and for religious teachings, philosophy, etiquette and civility to guide our citizenry in correct societal behavior. While this non-legal background is necessary, highly desirable, and profound, it is also of great importance to have laws that prohibit deceit, fraud, theft, murder, and discrimination and that dole out substantial penalties for violations. It is also important that society and business respect these laws, recognizing that they embrace fundamental ethics values ». Voir également : P. LE TOURNEAU, préc., note 14.

réceptacle des règles éthiques issues d'un mouvement d'ensemble des auteurs de la norme étatique en direction des destinataires, ici les entreprises.

Les partisans de l'éthique choisie intègrent naturellement dans leur schéma cette seconde donnée. Mais les bienfaits vont au-delà de ce premier cercle, pour s'étendre à des entreprises plus nombreuses qui les font leurs par l'effet de cette pression externe, ce que nous avons appelé l'éthique subie.

Le droit fiscal international est particulièrement révélateur de ce deuxième sens du mouvement, c'est-à-dire du procédé descendant. Le projet « BEPS » (« *base erosion and profit shifting* »⁵³) mené par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), sous l'impulsion du G20, est emblématique de cette tendance, même s'il n'en constitue pas la seule illustration possible⁵⁴. Ce projet vise à organiser la lutte coordonnée par les États contre les pratiques d'érosion des bases d'imposition et de transfert de bénéfices, dans le respect de la souveraineté étatique. D'une ampleur mondiale⁵⁵, il bouleverse profondément le système fiscal international. À travers une quinzaine d'actions, donnant lieu à autant de rapports de l'OCDE, il prétend remettre à plat l'ordre fiscal international pour prévenir et contrecarrer les effets les plus criants des stratégies d'évitement de l'impôt : montages hybrides, recours excessif à l'endettement, transferts de bénéfices, utilisation inappropriée des incorporels, abus dans l'utilisa-

⁵³ En français, « érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices ». Ce projet est toutefois désigné mondialement sous son acronyme anglais.

⁵⁴ Sur ce projet, O. DEBAT et J.-P. LIEB, préc., note 24, suivi d'une série d'études consacrées à ce projet et publiées dans les numéros suivants du *Feuilleton rapide fiscal social*. L'ensemble de ces études a été réuni dans Olivier DEBAT, Éric FOUREL, Jean-Pierre LIEB et al., *Projet BEPS*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2016.

⁵⁵ En effet, l'OCDE a souhaité associer un maximum d'acteurs à ces travaux. Outre les pays du G20 et de l'OCDE, y ont participé des pays invités et des pays émergents non présents lors des travaux de rédaction. Au total, plus de 80 pays en développement et autres économies non membres de l'OCDE ou du G20 ont pris part à quatre consultations approfondies de portée régionale et à cinq forums mondiaux thématiques. D'autres acteurs, tels que des représentants des entreprises et des praticiens de la fiscalité, des organisations non gouvernementales, ont aussi été associés au projet BEPS. Voir : O. DEBAT et J.-P. LIEB, préc., note 24, 1^{re} partie, n° 3. Ce projet constitue un succès politique et technique incontestable. Il a entraîné une remarquable dynamique accompagnée par une communication désinhibée, avec un opportunisme politique qui nécessite désormais d'entretenir la flamme. Sur tous ces points lire Olivier DEBAT et Jean-Pierre LIEB, « Le projet BEPS : Bilan & perspective », *Feuilleton rapide fiscal social* 2016.38.5.

tion des conventions fiscales internationales etc.⁵⁶ En synthèse, il peut être affirmé que le projet BEPS correspond à la promotion d'une éthique fiscale⁵⁷.

L'analyse en ce domaine amène ainsi à revoir la conclusion selon laquelle les États ne seraient plus désormais des acteurs de premier plan. Certes, la globalisation a démontré les limites à l'action des États considérés isolément. Mais l'exemple précité prouve que la structure politique qu'est l'État conserve une place prépondérante dans la conduite des affaires du monde parce qu'il possède une force particulière, celle de la contrainte juridique sur son territoire. L'agglomération de ces pouvoirs souverains, à travers l'action commune des États, est à même de traduire l'affermissement de leur rôle dans la gouvernance mondiale.

L'essor de la *compliance* ne semble pouvoir être compris que par son inclusion dans une évolution globale du monde. Loin d'être une fantaisie de quelques juristes rêveurs et de chefs d'entreprise humanistes, elle témoigne de ses évolutions profondes en direction d'une société globale en quête de repères. Le capitalisme bat son plein; il n'a plus en face de lui

⁵⁶ Les quinze axes de réflexion de ces travaux sont les suivants: relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique (Action 1), neutraliser les effets des dispositifs hybrides (Action 2), concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées (Action 3), limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers (Action 4), lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance (Action 5), empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages (Action 6), empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable (Action 7), aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur (Actions 8 à 10), mesurer et suivre les données relatives au BEPS (Action 11), instaurer des règles de communication obligatoire d'informations (Action 12), mettre en place une documentation des prix de transfert et des déclarations pays par pays (Action 13), accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends (Action 14), élaborer un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales destinées à éviter ou limiter les doubles impositions (Action 15). Les rapports afférents sont téléchargeables sur le site de l'OCDE, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/beps-rapports-finaux-2015.htm>> (consulté le 5 septembre 2017). Sur les suites des actions entreprises: OCDE, *Exposé des actions 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 2015, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/ctp/beps-expose-des-actions-2015.pdf>> (consulté le 5 septembre 2017).

⁵⁷ Étonnamment, l'expression « éthique fiscale » n'apparaît pas dans la présentation de l'OCDE. Voir: *id.*

un opposant majeur comme au temps de la guerre froide, même si ne saurait être ignoré le développement de « l'alter-mondialisme »⁵⁸, ni passée sous silence l'existence du terrorisme⁵⁹. Son principal adversaire, c'est désormais lui-même. Sans règle éthique, le capitalisme peut mener au chaos, au règne de la guerre économique sans loi, à la recherche de la rentabilité au détriment de la nature et de l'homme. La *compliance* est la traduction d'une réaction du système – par les auteurs de la norme et les destinataires – en faveur d'un système de capitalisme modéré dans l'intérêt du monde. Elle témoigne de la vigueur des réflexions actuelles sur l'entreprise, avec la nécessité de faire en sorte qu'elle reste une structure organisationnelle faite pour les hommes et adaptée à leur environnement limité, la Terre. C'est ainsi qu'à l'image de l'entreprise financiarisée – émanation d'un monde des chiffres tendant à l'inhumanité –, s'oppose celle de l'entreprise sociale⁶⁰, éthique et responsable, ces éléments allant de pair.

L'éthique est une manifestation de la responsabilité envers autrui et, par-delà le temps, envers les générations à venir, en particulier dans le domaine de la science, où sa présence est si importante. L'homme a des droits mais aussi des devoirs⁶¹. La *compliance* implique une autolimitation

⁵⁸ Pour une réflexion sur « l'alter-mondialisme », lire Thierry POUCH, « Nostalgie ou *alter-mondialisme*? », *Les Temps Modernes* 2005.2.630, p. 310 à 325.

⁵⁹ Sur les liens entre terrorisme et ultra-capitalisme, lire notamment Max PAGES, « L'hypermoderne, la clinique et le politique », *Revue internationale de psychosociologie* 2004.X.22, p. 91 à 104. Selon l'auteur, « l'hypothèse d'une régression sur des positions archaïques préœdipiennes a d'évidence un rapport avec des logiques et des conduites binaires, logiques de tout ou rien n'admettant comme réponses existentielles que l'absolu de la béatitude d'une part, la terreur ou la violence de l'autre. [...] Ces processus psychologiques sont à mettre en rapport au niveau social avec le manichéisme idéologique, avec les tentatives d'instaurer une domination politique et économique absolue, ou de les détruire par la terreur. L'ultra-capitalisme et l'impérialisme, et leur ennemi « mortel » le terrorisme, pourraient ainsi être envisagés comme une sorte d'affolement social correspondant à l'affolement individuel. Il ne s'agit bien sûr pas ainsi de nier l'autonomie relative du social et de l'individuel, mais de comprendre leur perméabilité mutuelle et leurs interactions par le biais d'un processus central qui les lie, celui de l'investissement inconscient des institutions sociales par l'individu. » (p. 94).

⁶⁰ Sur ce thème: Lise CASAUX-LABRUNÉE et Pierre FRANCOUAL, « L'entreprise sociale », dans A. DE BISSY et O. DEBAT (dir.), préc., note 15, p. 99-111.

⁶¹ P. LE TOURNEAU, préc., note 14. Selon le professeur le Tourneau, « la liberté conduit aussi à appeler chacun, en tant qu'être autonome, à mesurer et à accepter la responsabilité de ses actes, tout en évaluant leur part d'universalité (en tant que membre pensant et agissant de la communauté humaine). La responsabilité subjective (pour faute) des articles 1382 et 1383 du code civil [Note de l'auteur: à partir du 1^{er} octobre 2016

– généralement choisie mais parfois aussi subie – qui fait contraste avec la toute-puissance potentielle de l'action. Ainsi illustre-t-elle un idéal mais qui trouve des traductions concrètes et réalistes, ce qui la place sans doute à mi-chemin entre une éthique de conviction et une éthique de responsabilité⁶². Elle est aussi une traduction possible de ce que M. Edgar Morin appelle l'anthropo-éthique qui, à travers la boucle individu, espèce, société, traduit le lien entre l'éthique de l'universel et celle du singulier, et conduit les hommes à assumer leur destin dans ses antinomies et sa plénitude⁶³.

voir les articles 1240 et 1241 du Code civil français] est fondée sur une vision humaniste de la société, issue d'une évolution millénaire, où chaque agent, animé par la raison, jouit de son libre arbitre (de sa conscience), et est maître de son destin. Nullement prédéterminé, il a autant de droits que de devoirs, car il ne vit pas isolément : chacun de ses actes a une dimension d'universalité humaine », *id.*, p. 85.

⁶² Sur cette césure : Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 10/18, 1995. Dans le même sens : Cécile RENOARD, « L'éthique et les déclarations déontologiques des entreprises », *Études* 2009.410.4, p. 484.

⁶³ E. MORIN, préc., note 12, p. 180 ; Edgar MORIN, « Les sept savoirs nécessaires », *Revue du MAUSS* 2006.28.2, p. 59 à 69.

