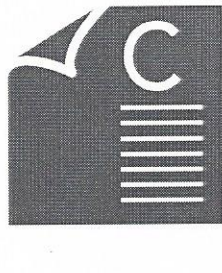


ÉTUDES ET COMMENTAIRES



CHRONIQUES

/ Généralités

Le droit de la *compliance* ¹

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

L'essentiel > Les contraintes pesant sur les entreprises au titre de la *compliance* se multiplient et s'alourdissent. Mais la notion est contradictoire, incertaine, « étrange », l'expression de « conformité » n'étant qu'une translation. La *compliance* apparaît aujourd'hui comme l'internalisation mondiale d'une régulation publique, souvent conçue aux États-Unis, dans les entreprises, transformées en agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux : équité concurrentielle, lutte contre le terrorisme ou des États indignes (embargo). Plutôt que d'emprunter des solutions éparses, il est essentiel de construire un « droit de la *compliance* », proprement européen, à l'aune duquel chacun devra rendre compte.

L'on parle de plus en plus de « *compliance* ». Le terme de « conformité » vient parfois en parallèle, voire en substitut. Mais autant d'auteurs, autant de définitions. Au moment où la « *compliance* » envahit le droit, il faut d'abord mesurer à quel point nous cernons mal ce mécanisme (I), alors qu'il est nécessaire aujourd'hui de construire un véritable « droit de la *compliance* » (II).

I - La *compliance*, notion étrange, entre le totalement volontaire et le totalement contraint

La *compliance* est une « notion étrange » (A). L'on peut y voir aussi bien un programme volontaire de comportement proposé par une entreprise qu'une réglementation à portée mondiale imposée par des sanctions sans précédent (B).

A - La *compliance*, notion étrange

La *compliance* a tout de l'étrangeté. Cela tient à la plasticité de sa définition (1), à son origine littéralement étrangère (2) et à son caractère intraduisible (3), ce qui rend la définition de la *compliance* ouverte à tout un chacun (4).

1 - La « *compliance* », de l'idée a-juridique à la tautologie du droit

La *compliance* peut renvoyer au fait de se comporter bien, de prendre spontanément en considération l'intérêt d'autrui. De nature morale, la *compliance* se situe dans l'éthique des affaires. Ainsi, le puissant prendra en charge l'intérêt du contractant ou du tiers qui dépend de lui. L'ensemble sera couché dans des chartes et autres documents unilatéralement dressés par les

grands opérateurs économiques. La *compliance* est alors fortement liée à la « responsabilité sociétale » de ces entreprises qui ont les moyens d'être bonnes. La *compliance* serait une notion a-juridique.

Consultant d'autres sources, l'on trouve l'affirmation tout autre que la *compliance* renvoie à l'engagement pris par l'opérateur de respecter l'ensemble des réglementations. L'on comprend encore moins car il n'est pas besoin de l'engagement de l'assujetti pour que celui-ci doive respecter l'ensemble des normes qui le gouvernent. Plus encore, le fait que les textes, dont la réglementation est une variété, obligent les sujets de droit participe de la tautologie : la *compliance* serait une notion si juridique qu'elle en deviendrait inutile.

2 - La « *compliance* », une idée américaine importée indirectement et violemment

La *compliance*, exigence formulée d'une obligation pour une entreprise de donner à voir qu'elle s'organise pour que chaque personne qui dépend d'elle se comporte conformément aux règles en vigueur, est une idée américaine.

L'entreprise prouve par avance que toute sa structure et toute personne qui dépend d'elle est en adéquation avec les règles générales du système dont elle-même dépend. Par cet effort

(1) Le lecteur peut se reporter à un *working paper* comprenant de nombreuses références, notes de bas de page et liens hypertextes à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance>.

considérable, elle se soustrait à la charge d'un *ex post* hasardeux : la *compliance* est le substantif correspondant à la maxime probatoire anglo-saxonne *comply or explain*.

C'est par les théories d'économie bancaire et financière élaborées aux États-Unis que la *compliance* est arrivée en Europe. Son cœur est l'obligation de prévenir et d'alerter sur une possible violation des règles *via* les flux bancaires et financiers. Les sujets de la *compliance* ne vont pas être les acteurs des opérations mais ceux qui gèrent les flux, les banques notamment : titulaires de l'information, elles vont devoir surveiller, intervenir, dénoncer, pour servir les finalités d'un système bancaire et financier dont le but posé par le régulateur, à savoir l'intégrité et la transparence, va finir par reposer sur les opérateurs. Cette voie détournée va revenir avec une grande violence : les condamnations pour défaut de *compliance* sur les grands opérateurs internationaux, notamment bancaires et financiers, vont se mesurer en milliards de dollars.

3 - La « *compliance* », un terme non traduit, voire intraduisible

La *compliance* se conçoit d'autant plus mal qu'elle ne se traduit pas. Les *compliance officers* se multiplient sans traduction. Le terme de « conformité » parfois avancé traduit surtout l'embarras puisque l'obligation de se conformer aux normes est ce qui lie tout sujet par rapport au droit.

4 - La « *compliance* », une définition ouverte à tout un chacun

Autant le dire, la *compliance* est pour l'instant une auberge espagnole. L'un y verra une obligation morale de se soucier de l'humanité, l'autre un engagement unilatéral de ne plus recommencer une faute passée avérée, l'autre un engagement convenu avec le régulateur à la suite d'une sanction, l'autre une obligation spécifique au regard de règles internationales sur les flux financiers, l'autre une obligation spécifique de trouver l'information et de la transmettre aux pouvoirs publics, etc. Mais, quand le dispositif coûte si cher aux opérateurs et donne tant de pouvoirs aux pouvoirs publics, l'on ne peut pas demeurer dans une telle définition à tout-va.

B - De la *compliance* comme « programme volontaire » à la *compliance* comme règne mondial d'une réglementation sans merci

1 - L'émergence de la *compliance* comme expression de la volonté d'une entreprise de se réformer pour devenir en adéquation à ce que le droit attend d'elle : l'*ex ante*, conséquence d'une sanction

C'est la définition retenue le plus souvent en droit de la concurrence. Une entreprise adopte un « programme de *compliance* ». Expression d'autorégulation, le programme - comprenant formation, emplois nouveaux, etc. - démontre la volonté de l'entreprise de faire en sorte que le manquement ne soit pas commis ou ne soit pas renouvelé à l'avenir.

Cet engagement se situe dans l'*ex ante* mais, d'une part, a pour source l'entreprise, d'autre part, a pour champ la prévention de tous les abus de marché concurrentiel. L'évitement en est la cause, notamment pour entrer un mécanisme de clémence.

2 - L'explosion de la *compliance* comme règne mondial et sans limite d'une réglementation sans merci

En droit du commerce international, bancaire et financier, la *compliance* est l'inverse. Elle est l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité : des législateurs ou des régulateurs publics adoptent des normes que l'on pourrait dire « monumentales » tant leur but est immense, par exemple, la fin de la corruption, ou la fin de tout commerce avec un pays qu'ils estiment indigne (embargo) ou la fin du terroriste. Ce sont des maux globaux.

Ils vont internaliser la mise en œuvre de ces normes publiques monumentales dans les structures qui sont de droit et de fait mondiales, informées et puissantes : les entreprises multinationales qui pratiquent les opérations financières internationales. La *compliance* est donc l'internalisation mondiale d'une régulation publique locale dans les entreprises supranationales, désignées comme agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux.

Parce que le but recherché fixé par les pouvoirs publics est légitime (lutter contre le terrorisme, la pédocriminalité, le trafic de drogue, etc.), l'entreprise est liée. Elle ne peut qu'éventuellement surenchérir sur le dispositif qu'elle met en place pour concrétiser le but de la régulation. Si son organisation et son comportement ne sont pas conformes aux dispositions prises par les législations en ces matières très spécifiques que sont la surveillance des flux financiers internationaux et mondiaux à fin de détecter des comportements systématiquement nocifs, alors l'entreprise est sanctionnée sans pouvoir opposer aucun fait justificatif, ni son propre système juridique : c'est en cela que la réglementation s'applique « sans merci ». La sanction n'est pas la cause de la *compliance*, elle est sa conséquence.

L'on mesure que sous un même vocable on vise des techniques étrangères et opposées. Or, quand on définit mal en droit, l'on ne maîtrise plus et la force remplace le droit. Cela est encore plus vrai pour les entreprises européennes, puisque ces techniques sont développées en dehors de l'Europe mais appliquées abondamment sur les entreprises européennes, qui découvrent leur sort au cas par cas.

Il faut donc construire un droit de la *compliance*, en posant fermement ses éléments.

II - Les éléments du « droit de la *compliance* »

Il est nécessaire de construire une nouvelle branche du droit : le droit de la *compliance* (A), déterminer qui en est en charge (B) et quels en sont les principes directeurs (C).

A - La nécessité de construire le droit de la *compliance*

Il faut certes discipliner les opérateurs économiques et qu'ils rendent des comptes, mais faire dépendre leur sort au cas par cas par des notions qui changent de sens n'est pas admissible. S'il ne s'agit que de dire que les opérateurs doivent respecter les lois, alors il faut contester l'existence même de la « *compliance* », indistinguable du droit, et rappeler que le respect de la loi se présume.

Mais si l'on pose que le droit est dissociable de l'État et qu'il est légitime à lutter contre des maux globaux, par exemple le terrorisme, l'on peut poser que l'espace étatique est trop étroit pour y arriver, que les traités internationaux sont insuffisants et que les États manquent et d'argent et d'information.

Il est alors légitime de poser qu'un ensemble d'obligations de s'informer pour informer repose sur des opérateurs puissants, ce système *ex ante* de *compliance* étant la contrepartie de cette position de puissance.

B - La détermination des acteurs en charge du droit de la *compliance*

1 - Les États et les régulateurs : émetteurs des normes de *compliance*

C'est au politique de fixer les buts à la concrétisation desquels les forces de certaines entreprises doivent concourir. Il y a consensus sur la détermination des maux globaux. Les États-Unis ne sont pas la conscience morale et la voix juridique du monde, se traduisant par leur seule aptitude de punir tous et en tous lieux. L'Europe doit exprimer une ambition de même hauteur avec les mêmes conséquences techniques.

2 - Les entreprises cruciales : activatrices des normes de *compliance*

Les entreprises qui reçoivent bon gré mal gré la charge de s'informer pour informer sont celles qui sont en position d'avoir des informations sur des pratiques qui alimentent les maux globaux ou qui peuvent compromettre les biens globaux, notamment la confiance dans le système économique et financier. Leur nationalité est indifférente, seule compte leur aptitude. Elles peuvent être condamnées à être aptes, si elles sont en position de puissance de l'être. Il s'agira des banques ou des entreprises qui tiennent les plateformes numériques, mais encore de toutes les entreprises qui ont une position « cruciale » sur un secteur ou une filière.

S'opère alors un mariage de raison entre l'entreprise cruciale qui a ou doit avoir l'information et le régulateur qui poursuit le but systémique (par exemple, lutter contre le terrorisme ou la pédocriminalité). Pas de problème s'il s'agit de « régulateurs de l'information », comme les régulateurs bancaire et financier ou de l'espace numérique. Mais si la saisie et la transmission de l'information par l'entreprise prennent leur pertinence au

regard d'un but non intrinsèque au secteur, comme la protection de la nature ou de l'espèce humaine, c'est vers l'administration ou le ministère public que l'entreprise devra se tourner.

3 - Les juges

La *compliance* impliquant un *continuum* entre l'*ex ante* et l'*ex post*, les tribunaux et les régulateurs dans leur rôle de sanction jouent un rôle essentiel. Ainsi, les engagements et les programmes de *compliance*, y compris la présence de « commissaire à la *compliance* » après les sanctions dans une entreprise cruciale ayant failli, permettent de lisser le dispositif. Mais cet agent de légalité, main du juge, doit respecter les secrets et les droits de la défense.

Les Cours européennes et de l'Union européenne, ainsi que les textes de l'Union bancaire doivent s'enrichir pour que de tels dispositifs soient pris et s'appliquent à toute entreprise cruciale, y compris non européenne, contribuant insuffisamment à l'information en Europe pour l'achèvement des biens globaux et la lutte contre les maux globaux.

C - La détermination des principes directeurs propres au droit de la *compliance*

1 - Mondiale, forcément mondiale ?

La *compliance* s'est développée en droit financier parce que la finance est mondiale, et les sanctions sont américaines parce que les opérateurs pensent que leur rayonnement mondial passe par les États-Unis. Un État localisé fait ainsi la loi de fait en se prévalant d'espérances mondiales, comme la fin du terrorisme.

Mais la puissance économique de l'Europe et la nouvelle Union bancaire peuvent permettre à l'Europe d'endosser de mêmes espérances et rien ne sépare les deux espaces juridiques dans ces luttes communes, par exemple contre la pédocriminalité et la protection de la propriété intellectuelle. Ce qui changera, c'est la conceptualisation des notions clés du droit de la *compliance* qui peut se développer à partir d'un droit européen continental, non casuistique et plus sûr, à la portée tout aussi ample, comme le montre déjà le droit européen de la concurrence et des données personnelles.

2 - La désignation claire de la source de l'obligation et de la responsabilité

Les principes directeurs du droit de la *compliance* doivent être clairs et ne pas dépendre des situations ou des arrangements trouvés. L'entreprise doit être obligée par le jeu d'un texte général et non pas par sa volonté propre : les diverses chartes pulvérisent les normes obligatoires, achèvent de brouiller la *compliance* et fragilisent les opérateurs.

Le droit de la *compliance* n'en appelle pas à la morale des agents qui le concrétisent, n'est pas à la disposition des entreprises qui en sont les sujets. Les entreprises doivent être responsables au sens classique du terme.

3 - La transformation du système probatoire

Il faut avoir conscience du poids que le droit de la *compliance* représente pour les entreprises cruciales, contrepartie de leur position et de leur puissance au regard des informations déterminantes pour la poursuite des biens et maux globaux qui soucient d'autres qu'elles.

C'est pourquoi il faut les protéger contre ce qui est leur risque principal, dont on voit la réalisation fréquente actuellement :

des condamnations imprévues et aléatoires, alors que les dispositifs avaient été pris de bonne foi.

Les règles classiques du droit doivent être respectées dans le droit de la *compliance* où la répression est au cœur : norme générale connue et préalablement établie, application non casuistique, technique préalablement établie de préconstitution des preuves de diligences. Quand on suit l'actualité économique et financière, on mesure à quel point le droit de la *compliance* reste à construire et à quel point il est urgent de le faire.