

Compliance : avant, maintenant, après

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à Sciences Po (Paris¹)

Résumé : Autant l'admettre. Parce que devant des règles de « compliance » si nombreuses et si disparates l'on a tant de mal à s'y retrouver, l'on est contraint à partir dans des directions si changeantes, que nous nous consolons de leur poids, de leur coût et de l'incompréhension que nous en avons en disant que la « compliance » est « complexe » et « transdisciplinaire », comme si les mots compliqués pouvaient masquer notre désarroi. Mais la « compliance » n'est pas un cataclysme, une bombe envoyée par les Américains pour anéantir l'Europe, la nouvelle forme d'une guerre froide en habits juridiques ; c'est une façon de voir les choses qui vient de loin, avec une cohérence qui lui est propre et qu'il faut avant tout comprendre. Pour mieux s'y déployer.

Si l'on comprend **d'où vient** ce nouveau corpus qui contraint **aujourd'hui** les entreprises à prouver qu'elles prennent effectivement en charge la concrétisation de certains buts qui les dépassent, notamment la lutte contre le blanchiment d'argent, la fraude fiscale, mais aussi la lutte contre la vente des êtres humains ou la lutte pour la préservation de la nature et de la planète, alors l'on peut continuer l'histoire, dans une nouvelle alliance entre certaines entreprises et les autorités publiques.

En effet, toutes les entreprises ne sont pas visées par une telle internationalisation de « buts monumentaux » en leur sein. Une entreprise ordinaire a quant à elle vocation à se développer pour réaliser un but qui est le sien. Le système de compliance ne peut concerner que des « entreprises cruciales ». S'il doit y avoir changement de projet poursuivi par l'entreprise, cela ne peut tenir qu'à sa « position » dans un système. Cette position peut avoir une source objective (entreprise systémique) ou une source subjective, parce que

1. Cet article prend appui sur un *Working paper* bilingue, doté de nombreuses références et renvois par liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/compliance-avant-maintenant-apress/>

l'entreprise veut concrétiser ces buts globaux car elle veut être « responsable ». Dans ce cas, l'entreprise supporte alors la charge de preuve qu'un tel discours de responsabilité nouvelle correspond à un comportement et à une culture effective. Le poids des règles existe déjà aujourd'hui. Et c'est encore comme cela qu'**aujourd'hui**, d'une façon négative et passive, la compliance est perçue, par ceux qui la « subissent » (entreprises), voire par ceux qui l'appliquent (autorités publiques).

La transformation vers une « culture de confiance », c'est l'enjeu d'un passage entre aujourd'hui et **demain**. En effet, demain, c'est une relation de confiance qui pourrait se construire entre ces entreprises-là et les autorités publiques, parce qu'elles partageraient les informations (enjeu systémique), parce qu'elles seraient d'accord sur les buts monumentaux (tous centrés sur la protection des êtres humains, que le seul fonctionnement marchand ne peut produire, que les seuls États ne peuvent assurer).

En cela, la « compliance » est avant tout un pari, celui de la place des êtres humains sur des marchés mondialisés.

Summary.

We have to admit, because we find it difficult to find ourselves in front of so numerous and disparate rules, going in all directions and constantly changing, we console ourselves with their weight, their cost and our misunderstanding by affirming that Compliance is “complex” and “transdisciplinary”, as if complicated words could mask our disarray. But “Compliance” is not a cataclysm, a bomb sent by the Americans to annihilate Europe, the new form of a Cold War in legal dress, it is a way of seeing things that comes from afar, with a coherence of its own and which must first be understood.

If one understands where this new corpus comes from, which now obliges companies to prove that they effectively take on the fulfillment of certain goals that go beyond them, notably the fight against money laundering, tax evasion, but also the fight against the sale of human beings or the struggle for the preservation of nature and the Earth, then we can continue the story.

Indeed, not all companies are targeted by such internalization of “monumental goals” within them. An ordinary enterprise is destined to develop itself in order to achieve a goal which is its own. The concern of these goals can only be for the “crucial enterprises”. If there is to be a change in the corporate project, then it can only depend on its “position” in a system, a financial, economic, social, global system, or because it has itself decided that it would be so. The company then bears the burden of proof that such a discourse of new responsibility corresponds to a behavior and an effective culture.

The weight of the rules already exists today. And it is for the moment that now, in a negative and passive way, Compliance is perceived, by those who “undergo” it (companies), even by those who apply it (public authorities).

The transformation towards a “culture of trust” is the issue between today and tomorrow, because tomorrow, it is a relationship of trust that could be built between these companies and the public authorities, because they would share information (systemic issue), because they would agree on the less technical monumental goals (protection of human beings issue).

In this, “Compliance” is above all a bet, that of the place of human beings in globalized markets.

Lorsqu'on regarde ce qui est rassemblé sous ce terme de « compliance », aussi « étrange » qu'il est littéralement « étranger », l'on est frappé, voire découragé par le bric-à-brac qu'il recouvre. Le lecteur bute sur le droit financier, le droit de l'environnement, le droit des sociétés, le droit des contrats internationaux, le droit pénal, le droit administratif, le droit processuel, le droit du travail, le droit des droits humains, le droit de l'exécution, le droit international privé. Il est ainsi confronté à des branches du droit et préfère par prudence exposer des cas, ou se mouvoir dans du sectoriel, ayant souvent quelque inclinaison pour le bancaire. Mais la compliance paraît circuler partout, dans tous les cas, dans tous les secteurs, dans toutes les branches. Un peu comme un virus.

L'on finit par se demander si une situation peut prétendre en réchapper... On le croit d'autant moins si l'on traduit l'anglais *compliance* par « conformité », c'est-à-dire l'obligation de se conformer aux exigences émises par le système juridique, l'obligation pour un sujet de droit d'avoir un comportement conforme à ce que demande la règle de droit, exigence qui vaut pour toutes les règles, quels que soient leur niveau et leur contenu, exigence qui s'impose à tout sujet de droit, catégorie dont les entreprises sont parties mais qui les excède, allant des personnes particulières aux États.

Il faudrait alors admettre que la compliance, c'est le droit lui-même. Si ce n'était que cela... Mais il s'agirait, par l'activisme des sujets eux-mêmes, d'un droit si impérieux, si impérial, qu'il se montrerait comme un droit toujours respecté, toujours en action, une sorte de « droit implacable ». Son application doit être assurée, toujours, par tous et en tous lieux. L'effectivité de cette application devrait sans cesse être démontrée par les assujettis, devenus tous les agents d'effectivité de la règle. Et parfois, cela est présenté ainsi : la venue d'un monde où enfin toutes les règles de droit seraient respectées par tous et en tous lieux. Par cette « passion du droit » que Carbonnier identifiait comme la marque de notre société et qu'il prenait soin de dénoncer.

Si l'on relit l'ouvrage que Carbonnier consacra à ce thème en 1995, thème de la passion pour les « normes », à laquelle s'adosse la passion pour les juges, on note que Carbonnier souligne bien plutôt que le système juridique le plus adéquat est celui qui s'applique peu, que les familles heureuses tissent chacune leur droit, que les liens les plus solides ne sont pas juridiques, que le droit n'est qu'un « mince vernis à la surface des choses ». Aujourd'hui, l'éléphant de la compliance a renversé ces remarques de porcelaine.

Or, pour reprendre un vocabulaire des processualistes classiques, par la compliance, l'on a l'impression que le « droit à l'état de paix » a été balayé par le « droit à l'état de guerre ». Il semble que plus les autorités de régulation sanctionnent et plus elles clament avoir ainsi la preuve de leur « puissance ». De la même façon, plus les entreprises dépensent et embauchent au titre de la compliance, plus elles sont sanctionnées, et plus l'on prétend que les dispositifs seraient « efficaces ». Ces deux comportements, de la part des autorités publiques et de la part des entreprises, renvoient au fait que le droit lui-même devrait être évalué selon son efficacité ainsi appréciée : en bref, plus les signaux forts se multiplient, comme les sanctions pénales et les différents *deals*, avec une très large diffusion, et plus le système serait réussi. Avec comme mantra la transparence, celle-là même sur laquelle Carbonnier écrivit avec suspicion en 1993. L'essentiel est alors de pouvoir montrer les chiffres les plus élevés possible d'une réussite, de se baser et de considérer tout ce qui peut se dénombrer.

Or, en matière de compliance, les chiffres sont impressionnants, dans leur cumul et dans leur montant. Celui de la sanction infligée à BNPP est resté dans les mémoires. Lorsque l'on va dans les entreprises ayant modifié leur structure pour satisfaire leur « obligation de compliance », dont le « devoir de vigilance » est le prolongement naturel, l'impression est celle d'un fatalisme, comme quoi, de cartographies dressées en reporting mis en place, de services de compliance internationalement organisés en *ethics by design*, un sentiment existe que ce dispositif *ex ante* n'empêchera pas les régulateurs, les autorités de poursuite de punir quand ils veulent, pour ce qu'ils veulent, pour un montant qu'ils veulent, l'*ex ante* et l'*ex post* étant devenus un *continuum*, qui pulvérise le principe de légalité, les preuves n'étant plus requises du fait des présomptions, l'hétérogénéité des textes recouvrant toute ligne d'intelligibilité. Puisque « nul n'est censé ignorer la compliance »...

Cette impression de « folie de la compliance », adossée à cette « passion du droit », est reflétée par cette définition usuelle de la compliance comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables », cette conformité devant être « effective », cette effectivité devant être en permanence donnée à voir par l'entreprise, le dirigeant, le salarié.

Cela paraît déjà difficile à satisfaire, même pour ceux qui seraient encore guidés par l'« amour de la loi » que Rousseau voyait dans le cœur de tout citoyen. Mais cette définition serait encore trop étroite... L'entreprise doit encore assurer la conformité de ceux dont elle a la charge, c'est-à-dire notamment les fabricants, les sous-traitants ou les distributeurs. Mais cela serait encore trop étroit. Dans une autre perspective, il ne suffit pas d'appliquer les textes, il faut encore que l'entreprise concrétise le but pour lequel le texte a été adopté, par exemple qu'elle contribue effectivement à la lutte contre le blanchiment d'argent. Et ce, dans une perspective mondiale, car l'effectivité et l'efficacité conduisent à faire entrer les phénomènes mondiaux — comme le blanchiment, la traite des êtres humains, la corruption ou le changement climatique — dans l'entreprise dès l'instant qu'elle est elle-même globale.

Les entreprises pour l'instant ont surtout l'impression d'être frappées sans raison, voire d'être « rançonnées ». En miroir, au mieux, elles se résignent à appliquer sans comprendre tous ces coûteux dispositifs qui s'accumulent, une nouvelle plaie d'Égypte dans une vallée économique par ailleurs prospère, rançon divine de leur succès.

Cette représentation n'est pas exacte.

Elle vient sans doute du fait que la compliance semble apparue comme un tsunami, hostile et imprévisible, alors qu'il s'agit d'un mouvement rationnel et justifié. Si l'on ne sait pas « d'où vient la compliance » (I), l'on ne peut pas la comprendre, voire pas l'admettre. Cette compréhension historique, qui situe la compliance, et aux États-Unis et dans une crise systémique, permet de mieux appréhender la situation actuelle, qui est celle d'une croisée des chemins (II). Ce que sera l'avenir ? Il est entre nos mains, car ce sont des choix politiques qui construiront le système de compliance qui va gouverner l'Europe, voire qui va permettre de la construire (III).

I. D'OÙ VIENT LA COMPLIANCE

Les exigences de compliance prenant une forme juridique sont nées aux États-Unis pendant la crise financière de 1929. Des exigences nouvelles ont été formulées à l'égard des opérateurs économiques qui avaient causé une crise sans précédent, crise dont on a exclu le renouvellement (A). Cette internalisation dans des opérateurs de buts différents de ceux qu'ils poursuivent est demeurée, mais s'est déplacée lorsqu'elle s'est opérée dans des opérateurs qui ne sont pas la cause de crises mais qui sont choisis pour les prévenir, car le contexte est devenu tel qu'ils sont les seuls à être en mesure d'opérer cette fonction de prévention (B).

A. LA PRÉVENTION D'UNE CRISE SYSTÉMIQUE DONT LA CAUSE EST DANS LES SUJETS DES RÈGLES DE COMPLIANCE

Une crise apporte de l'information. La crise économique qui a frappé les États-Unis en 1929 en a apporté tant qu'en 2008 la Fed s'y plongea pour comprendre ce qui arrivait et les mesures à adopter. Il apparut que cette crise avait eu notamment pour cause des comportements au sein des établissements bancaires et financiers qui, si on les avait connus avant, auraient été arrêtés, car ils étaient destructeurs des marchés, de l'économie et des personnes. Mais parce que l'entreprise est une « boîte noire » pour le marché, espace dans lequel circulent les personnes, les marchandises et les capitaux, le fonctionnement des entreprises de crédit n'était pas observé et les abus de marché n'étaient pas appréhendés en *ex ante*.

Même en correspondant au modèle pur du marché, le marché financier, même le plus réglementé qui soit, ne pénétrait pas dans les entreprises et n'appréhendait pas par des autorités de supervision les acteurs dont le comportement interne comportait un risque systémique. Roosevelt créa donc par une loi de 1933 la *Securities and Exchanges Commission* (SEC), posant notamment le principe de la prohibition des abus de marché, mettant en distance le droit ordinaire des marchés ordinaires (droit de la concurrence) pour lequel l'entreprise demeure opaque, et établit le droit des marchés financiers pour lequel le principe de transparence est central.

Apparaît dans le même temps le principe de compliance, c'est-à-dire l'obligation pour les entreprises dont l'objet est de tenir les marchés financiers de l'alimenter, de puiser dans ses richesses, d'en assurer l'intermédiation, etc., de rendre des comptes en permanence, à l'autorité publique de régulation, qui pourra entrer à sa guise dans l'entreprise supervisée. Le couple entre la régulation et la supervision est déjà noué.

Mais c'est bien en tant que l'entreprise touche à l'objet qu'elle peut l'endommager en tant que l'entreprise est cotée par exemple, qu'elle est soumise de ce fait à toute la réglementation de la compliance, au pouvoir de l'autorité de régulation. C'est le prix à payer pour l'accès à la liquidité des marchés financiers, le droit ne permettant désormais l'accès à celle-ci qu'à ceux qui n'entravent pas le principe corrélé de l'intégrité des marchés.

Il y a donc un lien très étroit et une raison forte et partagée entre la puissance de la compliance et le secteur financier. **La compliance peut alors se définir comme une internalisation du but de prévention d'une crise financière générale dans les entreprises susceptibles de la déclencher par l'usage qu'elles ont du marché financier.**

Le système de compliance dresse alors de l'entreprise une sorte de portrait de « criminel-né » : ainsi des lois américaines que l'on cite toujours comme les relais majeurs de la compliance, comme la loi Sarbanes-Oxley de 2002, loi

qui organise l'information du marché, et qui est une réaction à l'escroquerie filée pendant des années par l'entreprise star des marchés financiers, Enron.

La crise financière de 2008 va montrer que cette internalisation ne suffisait pas.

B. LE SOUCI D'UNE CRISE SYSTÉMIQUE DONT LA PRÉVENTION NE PEUT ÊTRE PORTÉE QUE PAR LES « SUJETS CRUCIAUX » DE LA COMPLIANCE

La première information qu'a donnée la crise de 2008 était l'insuffisance de tout le système précédent. Il ne suffit donc pas de repérer les entreprises susceptibles de faire chuter un système et, parce que les conséquences de leurs manquements dépassent leur propre chute, se contenter d'internaliser ce souci systémique qui les indiffère.

La première « leçon » de la crise de 2008 est que le risque n'est pas tant logé dans le comportement des entreprises, qui seraient par tendance « criminelles », le détenteur de la vertu finissant par devenir introuvable (jusqu'à ce que l'on trouve le lanceur d'alerte, c'est-à-dire le trublion d'un système autocapturé de connivences), mais plutôt dans l'information.

L'information, qui devient alors la même à l'intérieur des entreprises et à l'extérieur, la distinction entre le droit des sociétés et le droit des marchés financiers disparaissant, celle entre l'actionnaire et l'investisseur également.

La fiabilité de l'information devient alors l'enjeu premier, le tiers de confiance devient le personnage clé, la certification de l'information devenant une information plus précieuse encore que l'information sur laquelle elle porte, chacun rappelant que l'information est un bien public.

La crise financière, puis économique, de 2008 montre que ce sont ces tiers de confiance qui ont été défaillants, les auditeurs tout d'abord puis les régulateurs. L'idée demeure que c'est à un tiers, qui présente par définition la qualité d'être impartial, de porter cette information de fiabilité sur le discours comptable ou sur le discours rétrospectif ou prédictif que constituent les rapports exigés par le droit des sociétés.

Mais encore faut-il sortir de la crise. De la première crise évoquée, l'Europe sortit par une guerre, tandis que les États-Unis y trouvèrent la domination mondiale. Que trouverons-nous dans la sortie des crises de 2008, dont nous ne sommes pas encore sortis ? C'est aujourd'hui la question.

II. LA COMPLIANCE, AUJOURD'HUI À LA CROISÉE DES CHEMINS

La compliance est à la croisée des chemins. Pour l'instant, nous n'entendons que des plaintes, et de tous côtés. Plaintes de la part des États, qui se plaignent de n'être plus maîtres de leur destin, coiffés au poteau par des régulateurs qui édictent des normes sur des questions politiques, comme l'environnement, et plongent directement dans les décisions des entreprises puissantes, alors que le droit de la concurrence banalise les États ! (A) Plainte des entreprises qui refusent d'être les payeurs d'un système qui leur est imposé ! (B). Dans un système où l'on ne parle que de concordance, de bienveillance, et d'empathie, la compliance aura semé le mécontentement partout, alors que tout plie devant elle, et que les lois françaises récentes, notamment la loi du 9 décembre 2016, dite « Sapin 2 » lui fait une place royale dans notre système juridique...

A. LA PLAINTÉ DES ÉTATS EXSANGUES

De fait, la force des États a été modifiée, et par la capacité des personnes, des marchandises et des capitaux à circuler, et par leurs comportements qui, pour la plupart, les a rendus mendiants des marchés financiers. La technologie a accru la fin de la dépendance des personnes et des entreprises à la géographie, alors que le rapport entre l'État et la frontière reste le même. Les entreprises technologiques, nouvellement nées, sont peut-être maîtresses du monde, et s'organisent en quasi-gouvernements.

Par le terme de « globalisation », qui décrit en ellipse ce nouveau rapport de force, les États ont réagi par le système de compliance. En effet, les règles et les sanctions de compliance ont un effet extraterritorial, toujours souligné et souvent critiqué, pulvérisant le classique droit international privé dont on souligne qu'il ne constitue que du droit public interne destiné avant tout à ce que chaque système demeure protégé chez lui.

Mais les États et les autorités publiques, cela n'est pas la même chose. Si la seconde appartient au premier, ils ne sont pas équivalents. Un gouvernement et une autorité de régulation, cela n'est pas la même chose. L'État a, par nature, une dimension politique que l'autorité publique peut ne pas avoir. Et quand elle est autorité de régulation, par exemple autorité de régulation bancaire et financière, par nature, elle ne l'a pas.

Ainsi, nous sommes bien actuellement à la croisée des chemins, car nous ne savons plus où sont les États, les autorités publiques et les autorités de régulation, les trois ne fonctionnant pas en poupées russes, dans les systèmes de compliance qui sont, par nature, globaux.

B. LES ENTREPRISES, ENTRE LE RIEN ET LE TOUT

La croisée des chemins est pour les entreprises particulièrement marquée. Si on l'illustre par deux panneaux indicateurs, sur le premier, il y aurait la perspective vertigineuse du « rien » (1), sur le second, il y aurait l'aubaine non moins vertigineuse du « tout » (2).

1. La perspective vertigineuse du « rien »

Les entreprises sont dans une situation analogue. En effet, l'on peut considérer que les entreprises sont les grandes perdantes de la compliance. Face à la pulvérisation des systèmes juridiques par le phénomène factuel de la globalisation, les États ont décidé de s'extraire de leurs propres limites et, sans plus se soucier de cette mesure-là qu'impliquait leur souveraineté, ont internalisé des règles et des buts dans des entreprises, non plus en considération des comportements ou des situations de celles-ci, mais en pure considération des forces et des faiblesses des uns et des autres.

En effet, par cynisme, ou par réalisme, ou par pragmatisme, les États ont émis un « dont acte » définitif à leur impuissance à atteindre des buts, comme la lutte efficace contre la corruption, le trafic d'armes ou le terrorisme. Ne voulant tout de même pas disparaître, parce qu'un État ne peut se réduire à être un simple prestataire ordinaire et devant tendre à apporter de la sécurité non seulement aujourd'hui mais encore demain, non seulement à une personne mais encore à un groupe social, les États ont maintenu la prétention de ces buts légitimes, au nom desquels les peuples élisent des gouvernants et la violence légitime est exercée par les institutions.

La conclusion du syllogisme s'impose : **Les autorités publiques ont donc imposé à toutes les entreprises qui sont en position de puissance l'obligation d'atteindre des buts de sécurité au bénéfice du groupe social dont l'État a la charge.** C'est la définition actuelle de tous les mécanismes de la compliance pour les manquements à la probité, qui constituent le cœur de la compliance.

Les entreprises y sont soumises, alors même qu'elles n'ont pas nécessairement les informations, qu'elles n'ont pas de comportements reprochables, qu'elles ne sont pas dans un secteur particulier, mais parce qu'elles sont en position globale et qu'elles sont les seules à pouvoir agir, en se structurant pour être activement les seules qui feront ce qu'un État mondial ferait s'il existait.

Les entreprises sont donc réduites à rien, se structurent soit avant d'être sanctionnées, soit au titre des « peines de conformité », la transaction ou la convention judiciaire d'intérêt public n'étant qu'une modalité pour aboutir à ce qui compte : l'internalisation dans l'entreprise captive d'un but d'intérêt général qui la dépasse et qu'elle doit atteindre sur ordre.

B. PREMIER DÉFI COMMUN : LA CONSTRUCTION D'UN DROIT DE LA COMPLIANCE

Aucun système ne peut tenir sur l'agression. Ainsi le droit de la procédure, qui organise l'affrontement dans un procès, d'une partie contre l'autre et des parties contre le juge, repose-t-il sur un accord de tous : l'utilité d'un procès et le bien-fondé des règles de procédure, notamment le fait de s'adresser la parole. Or, les tensions sont telles en matière de compliance que cette condition semble à peine remplie.

L'on pourrait pourtant s'accorder sur deux choses élémentaires. Il faut que la compliance relève du droit. Cela permettrait de la soustraire à l'arbitraire, d'en classer les règles, d'en limiter les usages. Le rangement de la compliance dans le droit, par la constitution d'un « droit de la compliance », serait un premier accord, la dimension éthique, ou managériale, ou politique, ne devant pas permettre d'extraire les règles et les cas des principes juridiques, posant ainsi des limites aux pouvoirs, et des régulateurs, et des autorités publiques.

Pendant longtemps, comme le montre Vedel, le « droit économique » n'existait pas, parce que des effets juridiques étaient directement imputés à des faits, ce qui ne suffit pas à constituer une branche du droit, laquelle est seul à pouvoir former un socle pour l'État et pour les sujets de droit, produisant de la sécurité juridique pour l'avenir et peut porter l'empreinte d'une politique.

Pour que se constitue une branche du droit, comme se constitua le droit économique en référence à la notion de marché, il faut tout d'abord un **mécanisme d'intelligibilité**. Concernant le droit de la compliance, ce sont les « **buts monumentaux** » qui pourraient donner cette intelligibilité, buts concrets et buts abstraits, que sont la lutte contre la corruption, contre le blanchiment, contre la pollution, mais aussi la lutte pour l'environnement, pour l'éducation, et qu'on peut exprimer par un seul but abstrait : le « souci d'autrui ».

Il faut ensuite tracer le « cercle des agents » qui vont porter et concrétiser ce droit de la compliance qu'il s'agit de faire naître. L'on n'écrit ni d'une main assurée ni d'une main tremblante, il faut changer son stock de citations, pour mesurer que dans les temps à venir des branches du droit peuvent apparaître, que le Politique n'a pas disparu mais qu'il doit reconnaître ses limites, qu'il exprime en cela sa souveraineté, par l'ouverture du cercle à d'autres, étant comme les autres un agent de concrétisation de buts qui nous dépassent tous : protéger les êtres humains contre des trafics ignobles dont nous sommes clients, tenter de sauver la planète que nous dévorons nous-mêmes.

Connaître nos limites, les opposer à nous-mêmes, nous dresser contre notre démesure : voilà le principe de la compliance.

Comment pourrait-on se contenter d'une autre définition ?

Dans ce cercle, sont les États, parce que la compliance étant construite sur des buts monumentaux, c'est une affaire d'État. Dans ce cercle sont les entreprises, mais pas toutes. N'y sont que celles qui sont en position de concrétiser de tels buts. Il s'agit tout d'abord des « opérateurs cruciaux », dont les entreprises de service public, les entités d'intérêt public, les gestionnaires d'infrastructure essentielle dont les opérateurs systémiques sont des exemples. Il s'agit ensuite des opérateurs, dans l'indifférence de leur nature publique ou privée, qui expriment leur volonté de poursuivre un intérêt qui dépasse l'intérêt immédiat. Les engagements éthiques et la responsabilité sociétale ne sont pas l'apanage des opérateurs cruciaux ou puissants. **Tracer ce cercle est la première et la plus importante des choses à faire.**

Il faut encore déterminer et dire les moyens et les méthodes du droit de la compliance. Dans ces cercles, où nul ne doit pas être exclu, la *Soft Law* ne doit pas exclure la *Hard Law*, les sanctions n'excluent pas les contrats, parce que les normes sont dans les buts et que l'essentiel demeure l'intelligibilité du système. Non seulement pour les techniciens que nous sommes, mais pour la population, car, parce que les buts concernent la protection d'autrui, à travers le souci du terrorisme, des ventes de l'humain en tout (prostitution par exemple) ou en partie (organes, par exemple), de la sauvegarde de l'environnement, le droit de la compliance doit être compris par tout un chacun.

L'on ne peut donc concevoir un droit de la compliance sans construire en intimité une culture de la compliance.

C. DEUXIÈME DÉFI COMMUN : LA DIFFUSION D'UNE CULTURE DE COMPLIANCE

Il est étonnant de constater que, reflet sans doute d'une société technicienne, dénoncée par exemple par Günther Anders et, dans une perspective plus juridique, par Jacques Ellul, la notion de « culture juridique », si importante dans la conception classique du droit, que l'on soit en France, en Allemagne ou en Grande-Bretagne, est aujourd'hui battue en brèche par une conception du droit comme un ensemble de règles techniques ayant pour but de sécuriser les projets des personnes, cela mais pas plus que cela, la notion de « culture juridique » semblant désormais relever d'une sorte de romantisme de mauvais aloi.

C'est le même enjeu en matière de droit de la compliance. L'on peut considérer qu'il s'agit de process mécaniquement conçus en réponse à des plaies venant d'un Dieu hostile dont seuls en *ex ante* des algorithmes peuvent limiter les effets tandis qu'en *ex post* des avocats négocieront une diminution des sanctions. La compliance se développera entre experts. Et pour des montants financiers très importants.

Mais cela ne peut pas fonctionner pleinement de cette façon. Si l'on montre que dans sa nature même le mécanisme du « lanceur d'alerte » suppose que celui qui va faire sortir l'information pertinente pour la porter à celui qui va l'utiliser pour servir le but, par exemple lutter contre les abus de marché, est un personnage juridique peu puissant, conçu sur le modèle de ceux qui dénoncèrent le scandale Enron.

Plus encore, parce que l'on veut étendre les buts monumentaux au-delà des atteintes à la probité pour chercher à atteindre les biens globaux, comme la sauvegarde de la planète, il faut que chacun devienne conscient des buts. Mais cela n'est pas le plus difficile, car la population est souvent plus sensible à ceux-ci que ne le sont les membres de conseils d'administration.

Le plus difficile est d'inculquer ces buts à toutes les personnes qui sont dans les entreprises, quels que soient leur niveau de responsabilité et leur localisation. L'objet de cet apprentissage ne peut être que le but des règles, les raisons des contraintes, les raisons d'agir.

En effet, **le droit de la compliance, que l'on présente comme l'ensemble le plus mécanique des normes mécaniques, est au contraire un ensemble vivant de dispositions qui n'ont qu'un but : le souci de l'humain, de l'autre, pour qu'il demeure dans le temps. Et cela, tout être humain est disposé à le comprendre. C'est cela qui doit être diffusé comme « culture de la compliance ». À travers des principes simples et permanents. C'est cela la base d'un pacte de confiance entre l'État et les entreprises cruciales, sous le regard du juge.**

D. TROISIÈME DÉFI COMMUN : L'ÉLAN POLITIQUE D'UNE EUROPE DE LA COMPLIANCE

La création d'une telle branche du droit, si politique, si ambitieuse, si volontaire, suppose un tel « pacte de confiance » entre le Politique et les entreprises cruciales, qui doivent s'unir pour s'appuyer sur la population, celle que l'on désigne parfois par le terme de *stakeholders*.

Mais il faut aussi un espace.

Pour l'instant, alors même que les « buts monumentaux » sont mondiaux, l'espace de construction n'est pas mondial. Tout y coule, notamment les personnes, ce qui interdit pour l'instant de mettre la personne au centre du marché, justifiant la critique faite au « Marché total ».

La solution est sans doute la construction d'une Europe de la compliance.

Nous en avons besoin. Cela suffit pour ne pas se poser la question des moyens et des difficultés. Faisons-la.