

## Section 3

# Circuler dans le temps pour mettre en phase *Compliance et droits de la défense\**

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

*Agrégée des Facultés de Droit  
Professeure de Droit de la Régulation et de Droit de la Compliance  
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)  
Directrice de l'École européenne de Droit de la Régulation et de la Compliance*

1. **Opposition de départ et de principe entre *Compliance et droits de la défense*.** Le sujet *Compliance et droits de la défense* est difficile à appréhender, d'autant plus qu'il donne souvent lieu à des présentations largement opposées<sup>2</sup>. Cette opposition dépasse l'influence issue de l'activité exercée par les auteurs, même si l'on observe souvent que l'avocat donnera sa préférence aux droits de la défense et estimera plutôt qu'ils sont réduits à la part congrue dans les enquêtes internes, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), protestant contre cela, tandis que le membre d'une institution publique estimera parfois que les droits de la défense ne sont pas centraux ou que leur respect est, en

---

\* Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires, de références techniques et de liens hypertextes, disponible à l'adresse suivante : [www.mafr.fr/fr/article/circuler-dans-le-temps-pour-mettre-en-phase-compli/](http://www.mafr.fr/fr/article/circuler-dans-le-temps-pour-mettre-en-phase-compli/).

2. Les diverses contributions de l'ouvrage *Compliance et droits de la défense. Enquête interne – CJIP – CRPC* en sont l'illustration même. V. par ex. l'article de L. Meziani, « La responsabilité de l'entreprise dans la conception et la menée de l'enquête interne », qui décrit le *process* de l'enquête interne dans lequel les droits de la défense n'interféreraient guère, tandis que l'article de B. Fiorini, « Approche doctrinale de l'enquête interne et de l'enquête pénale privée », estime que cette même enquête interne devrait se dérouler quasiment comme une procédure pénale.

l'état, suffisant. La littérature grise produite par les uns et les autres, sous un ton affable<sup>3</sup> ou sous forme de protestation<sup>4</sup>, conforte cette atmosphère conflictuelle. Cette sorte de hérissément n'est pas que d'humeur ou d'ancrage professionnel. Il exprime la confrontation initiale entre *Compliance et droits de la défense*, qui paraît irréductible. Il faut admettre cet affrontement initial, cela est d'autant plus nécessaire qu'il s'agit d'éviter qu'il ne devienne définitif<sup>5</sup>.

**2. La fausse conciliation par la succession dans le temps des enquêtes internes et CJIP d'abord, des droits de la défense ensuite.** Mais dans un État de Droit, les droits de la défense sont au cœur et la hiérarchie des normes impose qu'ils demeurent le privilège de tous ceux qui risquent dans le futur d'être punis<sup>6</sup>. Certes, si l'on regarde le déroulement des événements d'une façon linéaire, les mécanismes de compliance pourraient être enfermés dans le seul *ex ante*<sup>7</sup> tandis que les droits de la défense ne s'animent que lorsque les procédures répressives se dresseraient ultérieurement face à la personne morale, puis dans un stade encore ultérieur à la personne physique. Autant de découpages en phases qui permettraient d'isoler ces moments les uns des autres en appliquant à chacun des règles spécifiques.

La juridictionnalisation de la Compliance<sup>8</sup>, notamment sous forme de peines et de sanctions, ouvrirait ainsi la porte aux droits de la défense, mais uniquement à ces moments ultérieurs, sans jamais que l'on se projette. Lorsqu'on est

---

3. Agence française anticorruption (AFA) et Parquet national financier (PNF), *Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique*, mars 2023 ; PNF, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*, janv. 2023 ; AFA, *Les recommandations de l'AFA. Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournements de fonds publics et de favoritisme*, janv. 2021.

4. Conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Paris, *Résolution du Conseil de l'Ordre relative au « Guide pratique sur les enquêtes internes anticorruption »*, 13 avr. 2023.

5. Pour une première analyse de ce sujet, v. dans l'ouvrage M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2023, les articles de N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », p. 213-224 et de M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », p. 29-55, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », p. 251-262, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », p. 409-442.

6. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 décembre 1976 a visé l'obligation constitutionnelle des droits de la défense « tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (Cons. const. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC, *Revue de droit public*, p. 817, note L. Favoreu, *RSC* 1978. 274, obs. Reinhard). Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil qualifia les droits de la défense de « droit fondamental à caractère constitutionnel » (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *RJ com.* 539).

7. Il est exact que, comme le Droit de la régulation, le Droit de la Compliance est une branche du Droit *ex ante*. V., M.-A. Frison-Roche, « Le couple *ex ante* – *ex post*, justificatif d'un droit spécifique et propre de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulations*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Droit et Économie de la Régulation », vol. 4, 2006, p. 33-48.

8. M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, *op. cit.*

encore dans les mécanismes calmes de l'enquête interne ou de la CJIP, sans juge, leur temps ne serait pas venu. La question ne se poserait donc même pas, ou d'une façon non centrale. Mais c'est assurer une compatibilité fallacieuse entre *Compliance et droits de la défense* en ne pensant pas, par exemple au moment de l'enquête interne, ce qui en serait fait plus tard, en n'intégrant jamais demain dans l'action présente.

**3. Toujours définir les droits de la défense par la perspective, immédiate ou lointaine, d'être puni.** Pourtant, c'est la perspective de la punition qui fonde l'attribution des droits de la défense. Cette considération de l'avenir non seulement permet mais oblige ainsi le Droit à « circuler dans le temps », à toujours penser par avance ce qui peut arriver demain. La décision du Conseil constitutionnel du 28 septembre 2023<sup>9</sup>, fondée sur les droits de la défense, l'illustre de manière exemplaire : c'est ainsi qu'il faut penser l'enquête interne, la CJIP et la CRPC. Dès l'instant que dans la pratique même de ces outils de compliance, au moment où ils sont techniquement utilisés par l'entreprise, l'on pense déjà à l'usage qui pourra en être fait, soit par l'entreprise elle-même<sup>10</sup>, soit par les autorités publiques, l'enquête pouvant d'ailleurs être diligentée de l'extérieur car l'enquête interne est un moyen de preuve formidable<sup>11</sup>, pour obtenir par la suite condamnation et/ou CJIP et/ou CRPC, il faut dès ce premier mouvement y intégrer les phases futures. Par nature, la part des droits de la défense doit donc se concevoir par une perspective se déplaçant dans le temps, soit que les qualifications englobent d'ores et déjà le futur, soit qu'elles intègrent ce qui s'était précédemment passé.

---

9. Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC ; Cons. const. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC ; Cons. const. 28 sept. 2023, n° 2023-1062 QPC, « 7. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Il en résulte qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction et que doit être assuré le respect des droits de la défense. ». V. aussi V.-O. Dervieux, « Procès Fillon : saison 3 ? », *Actu-Juridique* 29 sept. 2023, « Notons que la question de la purge des nullités opposée à un moyen de nullité qui n'a pu être connu avant la clôture de l'instruction se pose également : \*en matière contraventionnelle (art. 178 al. 2 CPP) \*en matière criminelle \*et dans des termes plus complexes encore, en cas de passerelle vers une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 180-1 CPP) ou vers une convention judiciaire d'intérêt public (art. 180-2 CPP). Il est probable que ces questions fassent rapidement l'objet de prochaines QPC. ». Pour plus de développements, v. ci-après n°s 16 et s.

10. Ce qui explique que la jurisprudence protectrice des droits de la défense émane principalement de la Chambre sociale de la Cour de cassation (v. ci-après n°s 13 s.). Cela est un point délicat, car il est possible que cette jurisprudence demeure propre à cette chambre-là et que l'on ne puisse la généraliser par exemple aux enquêtes internes que des autorités publiques mènent dans des entreprises, notamment l'Autorité des marchés financiers (AMF), auteur d'un guide des enquêtes internes. Sur ce point v., M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., p. 409-442.

11. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », préc.

4. **Les ambiguïtés qui ressortent : consentement et secret.** Apparaissent alors plus clairement deux ambiguïtés qui affectent le Droit de la Compliance lui-même et que les droits de la défense permettent d'éclairer. La première vise la place qu'occupe le consentement de la personne qui aurait pu être protégée par les droits de la défense mais qui choisit d'exercer sa volonté pour y renoncer afin d'obtenir des avantages, par exemple en révélant spontanément des faits en échange de la clôture du dossier ou pour qu'il ne s'ouvre jamais<sup>12</sup>. L'on parle alors, comme par image, d'une « contractualisation », puisque la personne que l'on pouvait peut-être punir au terme du saut d'obstacles qu'est la procédure consent à donner les preuves et à payer pour quitter la table. Même si cela n'est en rien un contrat, cela en a le goût<sup>13</sup>, notamment dans son rapport au temps. En effet, le consentement, en lien avec la volonté dont il serait l'expression, vise lui aussi l'avenir : par son consentement, la personne morale choisit de préférer la CJIP aux droits de la défense, sa volonté étant alors la source de la prévalence de la Compliance sur les prérogatives de l'individu qui de lui-même choisit de ne pas en bénéficier. L'omniprésence du « consentement » dans la Compliance est ici éclatante ...

La seconde ambiguïté concerne la place du secret. En effet, le secret paraît être l'apanage des droits de la défense, notamment dans sa distinction avec le contradictoire qui, lui, vise à toujours savoir, la montée en puissance du droit subjectif de se taire les accroissant<sup>14</sup>. La confrontation est très vive concernant la confidentialité du rapport d'enquête, y compris lorsqu'il est rédigé par un juriste d'entreprise. Mais le secret peut aussi être l'instrument d'efficacité de la Compliance lorsque la confidentialité permet à l'entreprise de détecter et de prévenir les manquements. Il peut même constituer le but monumental même du Droit de la Compliance. Cela advient lorsque le but du Droit de la Compliance, dans lequel sa normativité juridique est logée, devient la protection de l'individu<sup>15</sup>, comme c'est le cas pour les informations à caractère personnel. Ce qui guide le juge européen pour trouver cette juste mesure, suivant l'humanisme qui fonde le Droit européen de la Compliance,

---

12. Sur la question plus générale du consentement, v. d'une façon générale M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573-578 ; d'une façon appliquée aux questions de régulation et de compliance, v. par ex. « L'obligation de compliance, entre volonté et consentement : obligation sur obligation vaut », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », à paraître.

13. M.-A. Frison-Roche, « Les conditions requises pour favoriser la "contractualisation" du Droit », 2023, [www.mafr.fr/fr/article/favoriser-ou-pas-la-contractualisation-du-droit-in/](http://www.mafr.fr/fr/article/favoriser-ou-pas-la-contractualisation-du-droit-in/).

14. Sur le « droit de se taire », v. d'une façon générale et par ex. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, coll. « Précis », 12<sup>e</sup> ed., 2023, § 654 s.

15. M.-A. Frison-Roche, « Les droits subjectifs, outils premiers et naturels du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2021, p. 301-323 ; « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022, p. 21-44.

est la protection et l'efficacité selon que l'information est donnée ou qu'elle n'est pas donnée.

5. **Construction de l'étude.** Il faut donc tout d'abord admettre l'opposition qui existe au départ entre *Compliance et droits de la défense*, admission requise pour éviter leur affrontement définitif (I). Cette étude ayant pris le sujet sous l'angle du temps et de son déroulement, est ensuite examinée la conception par séquences qui, en isolant les mécanismes les uns des autres et dans une vision linéaire, loge les mécanismes de Compliance dans le passé, sans les rattacher à ce qui arrive par la suite, méthode qui formellement ne froisserait pas les droits de la défense, mais qui est une conception procédurale fallacieuse (II). En effet, il faut toujours réaffirmer que dans un État de Droit les droits de la défense sont des prérogatives dont sont titulaires tous ceux qui dans le futur risquent d'être punis : par nature, le Droit doit « circuler dans le temps » (III). Mais les droits de la défense peuvent être restreints par d'autres mécanismes que cette conception du temps, le premier étant le consentement même de la personne concernée (IV). Plus encore, les droits de la défense sont intimes du secret, notion qui est au cœur de la Compliance, et c'est sur cette notion-là que *Compliance et droits de la défense* soit s'opposent soit, plus fortement encore, s'adossent (V).

## **I. COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE : ADMETTRE LEUR OPPOSITION DE DÉPART AFIN DE MIEUX ÉVITER LEUR AFFRONTMENT DÉFINITIF**

**Plan.** Il convient tout d'abord de constater que la Compliance d'une part et les droits de la défense d'autre part ont chacun une prétention à dominer l'autre (A), leur affrontement se cristallisant autour de la question de la vérité des faits (B).

### **A. COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE : UNE PRÉTENTION RÉCIPROQUE À DOMINER L'AUTRE**

6. ***Compliance et droits de la défense, conceptions front à front de leur rapport.*** Le sujet *Compliance et droits de la défense* est difficile à appréhender parce que, d'auteur en auteur, il donne lieu à des présentations largement opposées, conduisant à des prises de parti. Indépendamment de la diversité des opinions, influencées par les fonctions des uns et des autres<sup>16</sup>, cela traduit entre les deux termes une hétérogénéité absolue.

7. **La mise en exergue de l'information au service de l'intérêt général pour justifier la prévalence de la Compliance sur les droits de la défense.**

---

16. V. ci-avant n° 1.

Au départ, l'on a pu soutenir que le système de Compliance n'aurait rien à voir avec les droits de la défense, puisque la Compliance viserait à obtenir de l'information, puis à utiliser celle-ci pour le bien de tous, alors que les droits de la défense viseraient à garder pour soi l'information afin de se protéger d'une possible sanction, alors même que l'on ne pourrait exclure que cette information soit liée à la commission d'un fait délictueux ou dommageable ou dangereux ou préjudiciable. Le système de Compliance n'aurait donc pas à supporter les droits de la défense (au sens anglais comme au sens français du terme). L'impératif de Compliance devrait plus encore passer avant eux et capter l'information que l'exercice des droits de la défense voudrait masquer par le secret, le mensonge et le silence, et les reléguer car c'est l'intérêt général, servi par l'information<sup>17</sup>, dont la Compliance permet l'avènement.

**8. La mise en exergue de la prévalence des droits de la défense au service de l'État de Droit, dont la Compliance ne pourrait s'écarter, sauf à s'imprégner de totalitarisme.** Mais pour d'autres, l'ensemble des droits de la défense s'opposerait à tout cela parce qu'ils sont les premiers des droits fondamentaux<sup>18</sup>, qui ne peuvent être foulés aux pieds au nom de l'efficacité. Ce serait donc au contraire à la Compliance de s'effacer. De cette hétérogénéité, se dégage donc un affrontement dont chaque tenant prétend sortir vainqueur, puisqu'il est dans sa logique, totalement légitime : intérêt général pour le premier, droits fondamentaux pour le second. Il serait inutile d'en rester là, car chaque camp s'y épuise.

## B. LA DISPUTE AUTOUR DE LA VÉRITÉ DES FAITS

**9. Au cœur de l'affrontement des deux termes : la vérité des faits.** En outre, pour ne pas se perdre dans l'ampleur du sujet, il faut prendre les droits de la défense au sens strict du terme, ceux-ci étant certes articulés avec d'autres mécanismes procéduraux, notamment le droit de connaître et le droit de débattre, mais ne devant pas se confondre avec eux, car ils relèvent davantage du principe du contradictoire<sup>19</sup>. Le principe du contradictoire a quant à lui un lien intime avec la vérité des faits<sup>20</sup>. Au contraire et fondamentalement, les droits de la défense n'ont pas nécessairement de rapport avec la vérité, parce qu'ils ont un rapport nécessaire avec une possible future sanction, y compris celle qui peut frapper le coupable, qui a tout autant de droits de la

17. Sur le lien entre le Droit de la Compliance et l'intérêt général, v. par ex. A. Oumedjkane, *Compliance & droit administratif*, thèse Montpellier, 2022.

18. V. par ex. N. Fricero et P. Pédrot, « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux. Grand oral*, Dalloz, coll. « Spécial CRFPA », 29<sup>e</sup> éd., 2023, p. 725-747.

19. V. sur ce point par ex. M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire. Étude de droit processuel*, 1988, édition LGDJ – Lextenso, coll. « Anthologie du Droit », 2014.

20. L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, préf. L. Cadet, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 454, 2006.

défense que l'innocent, l'ampleur des droits de la défense s'accroissant avec l'ampleur de la sanction encourue. C'est pourquoi les droits de la défense des accusés au procès de Nuremberg furent respectés alors que leur crime était incommensurable et que l'absence de leur innocence ne faisait pas de doute. Tandis que l'innocent a un intérêt à ce que les faits soient connus, puisqu'ils contiennent notamment ceux qui établissent son innocence, le coupable n'y a pas intérêt. Dès lors, la vérité des faits est toujours le guide en Droit de la Compliance, même s'il passe par le chemin du secret<sup>21</sup>, alors qu'elle ne l'est pas pour les droits de la défense.

Cette qualification « innocent/coupable » est d'ailleurs parfois trop brutale, comme le montrent par exemple techniquement les circonstances atténuantes, situation dans laquelle celui auquel on peut reprocher quelque chose doit non seulement le dénier mais encore prétendre à une part d'innocence, par exemple dans des diligences exécutées. Plus encore, parce que nous vivons dans un État de Droit, il est exclu d'affirmer (comme on le fait pourtant souvent) qu'un « innocent n'a rien à craindre de la vérité » et que seuls les coupables, qui ne mériteraient du bénéfice d'aucun droit du fait de leurs fautes, seraient rétifs à cette recherche de la vérité. Dans un État de Droit, le coupable a des droits de la défense de la même ampleur que l'innocent, la présomption d'innocence étant le socle constitutionnel de l'indétermination même de cette qualité, elle a pour implication probatoire de désigner celui qui veut assigner à une personne la qualité d'auteur d'actes reprochables comme devant supporter la charge de le prouver. En outre, d'innombrables études ont montré que la « vérité » est elle-même une notion relative, y compris en sciences, plus encore en Droit, plus encore dans les procédures, plus encore dans les procédures accusatoires.

Mais toutes ces nuances n'empêchent pas que, sauf à verser dans le relativisme absolu, même en Droit, même dans les procès, même s'ils sont de type accusatoire et que le courant *Law & Literature* s'en saisit, les faits existent, les autorités publiques comme les entités concernées et comme les entreprises cherchant à les connaître, par exemple les possibles corruptions ou harcèlements ou pollutions ou discours de haine. Les marges d'inexactitude dans la restitution qui en est faite n'éliminent pas cette réalité que l'on cherche à capter.

**10. Confrontée à une perspective de sanction, la personne a le privilège de malmener au besoin la vérité.** Il est pourtant acquis que l'un des droits de la défense est de malmener la vérité, car le Droit confère des prérogatives à la personne pour se défendre lorsqu'elle est susceptible de subir une décision qui va lui faire grief. Cette perspective peut la menacer, qu'elle soit innocente ou qu'elle soit coupable. Or, la Compliance a toujours un rapport

---

21. V. ci-après les développements sur le paradoxe du secret n<sup>os</sup> 36 et 37.

avec l'information, c'est-à-dire avec la vérité. Les rapports entre ce qui est par nature un rassemblement d'informations et des prérogatives n'ayant pas cet objet, voire devant avoir un objet contraire, sont donc souvent des rapports d'opposition. Il est essentiel de l'admettre. L'on pourrait en rester là et dresser en quelque sorte le Droit de la Compliance contre les droits de la défense, et réciproquement. À chacun de choisir son champion... Cela est extrêmement dommageable pour la performance du système juridique lui-même et pour la pratique.

11. **Pour articuler *Compliance et droits de la défense*, l'essoufflement de la seule solution « pragmatique » ou « casuistique ».** Certes, en premier lieu, l'on dira que le juge pourra, au cas par cas, faire plus ou moins de place aux droits de la défense dans le maniement des outils de Compliance<sup>22</sup>, mais c'est mettre en place une casuistique incertaine. La prétention à la réconciliation entre Compliance et droits de la défense prend surtout la forme d'affirmations selon lesquelles l'on devrait laisser ces considérations trop générales et travailler à ce qu'en pratique, notamment dans les enquêtes internes, le collaborateur réponde aux questions posées par son manager tandis que celui-ci spontanément se soucie de ses intérêts, comme dans les négociations de CJIP où une relation de confiance, d'intérêts réciproques et de consentements échangés suffit à ne pas s'attarder à ces propos théoriques puisque tout cela marche dans l'intérêt de tous.

Mais l'expérience montre que les deux doivent marcher ensemble : une gestion des cas pour que des solutions soient trouvées, appuyées sur une vision d'ensemble, ce qu'usuellement l'on désigne pour la première « pratique » et la seconde « théorie ». Si l'on admet que l'on ne peut en rester là et qu'il faut pourtant avoir une « vision d'ensemble », il faut tout d'abord examiner ce qu'est la tentation, fréquente en procédure, d'une vision linéaire du temps.

## **II. LA COMPATIBILITÉ FALLACIEUSE ENTRE *COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE* PAR LA VISION LINÉAIRE DE L'EX ANTE ET DE L'EX POST**

**Plan.** Nous verrons que l'une des solutions proposées pour articuler *Compliance et droits de la défense* serait de séquencer le temps (A), mais que cela engendre des dommages tant objectifs que subjectifs (B).

### **A. LA SOLUTION – MIRACLE DU SÉQUENÇAGE DU TEMPS**

12. **La tentation d'une vision linéaire du temps.** On nous le dit souvent, la procédure est une histoire, avec un début, un milieu et une fin. Le jugement

---

22. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de Compliance*, op. cit.



en constitue la fin, une fin qui ne doit jamais être acquise dès le départ, le contraire constituant ce préjugé dans lequel l'impartialité s'abîmerait. Cette narrativité a fait que le rapprochement entre Droit et Littérature a naturellement pris le procès comme premier exemple, le jugement étant ce qui recueille cette construction des faits. Ainsi, de l'assignation à la parole prise en dernier par celui qui craint le plus devant le jury d'assises, toute l'histoire est restituée dans le jugement au sein de ce que l'on désigne comme sa « partie intellectuelle », avant que le juge y articule la partie décisive de l'acte juridictionnel, la motivation faisant cheville ouvrière. Aussi rudimentaire soit cette présentation, comme l'est le syllogisme par lequel la règle tomberait tel l'aigle sur la situation de fait pour qu'en sorte la solution, la loi concrétisée, « réalisée », et les droits subjectifs engendrés, cette vision présente l'avantage d'être linéaire.

Dans cette vision linéaire, le point de départ de l'histoire serait l'assignation, ou la notification des griefs, ou en matière de sanction le déclenchement d'une enquête administrative ou policière afin de rechercher un manquement ou une infraction à un texte précis du système juridique. Dans ce système *in rem*, toute personne qui est mise en cause doit pouvoir se défendre. Si l'on se situe avant le début de l'histoire, soit parce que l'enquête interne se déroule sous la seule responsabilité de l'entreprise et que peut-être plus tard une CJIP se mettra en place, soit parce qu'une CJIP se déroule sous la seule responsabilité du procureur et que peut-être plus tard une enquête pénale aboutira à une condamnation d'une autre personne, par exemple le mandataire social de la personne morale, c'est s'aveugler que de ne pas anticiper l'avenir lorsque l'on est dans la phase précédente. Mais l'on pourrait tout aussi bien soutenir que chaque chose doit demeurer en son temps, nul ne peut s'approprier l'avenir, et qu'au stade de l'enquête interne on ne devrait pas sauter à pieds joints dans ce qui pourra être une CJIP, pas plus qu'on ne devrait dans une CJIP construite avec une personne morale avoir déjà souci du sort des autres personnes pourtant déjà visées. En effet, il n'est jamais certain que d'une enquête interne sortira une CJIP, ni que d'une CJIP résultera une CRPC.

Pourtant, en séquençant ainsi le temps, on exclut toute vision stratégique, c'est-à-dire et par exemple une enquête interne que l'entreprise diligente pour satisfaire le procureur ou le régulateur qui n'exprime une telle attente que pour former une proposition de CJIP ou de composition administrative. De la même façon, le rapport d'enquête a un statut très discuté : dans une vision linéaire du temps, il n'est que l'aboutissement de la recherche de faits, sans considération de ce qui en résultera par la suite, l'entreprise voulant savoir ce qui se passe chez elle, comme l'indique l'adjectif « interne ». Il n'y a pas de défense à assurer. Mais si l'on se projette dans le temps, alors le rapport d'enquête est un « trésor », et ce pour deux entités : l'entreprise qui va en disposer éventuellement contre son collaborateur et l'autorité, par exemple le régulateur ou le parquet, qui va puiser dans ce trésor probatoire pour conduire

à la transaction ou pour punir l'entreprise ou le mandataire ou le collaborateur, les preuves ainsi complètement offertes lui permettant à sa guise de manier aussi bien la figure contractuelle que la figure punitive, sans jamais déboursier le moindre droit de la défense.

Cette économie de moyens et cette habileté ainsi offertes sont souvent regrettées, mais l'on s'en console au nom de « l'efficacité », ce à quoi l'on réduit parfois les mécanismes de Compliance<sup>23</sup>, efficacité par le fait que l'on ne regarderait donc pas la suite, par exemple lorsque l'entreprise fait une enquête interne elle ne regarderait pas le rapport qui en résultera demain et l'usage qui en sera fait contre elle, pas davantage par exemple que le juge, lorsqu'il a à juger une personne physique dont le comportement a été décrit dans une CJIP, ne considérera cette pièce antérieurement établie. Dans un tel séquençage, *Compliance et droits de la défense* ne se rencontrent pas.

S'ils ne se rencontrent pas, le sujet n'existe même pas, puisqu'il n'y aurait pas d'anticipation ni de mémoire. Personne ne peut soutenir cela. Pourtant, on le lit couramment, comme si dans le présent d'une procédure, le futur n'était pas déjà là alors même qu'il constitue une menace, comme si dans le présent d'une sanction le passé n'était pas au centre alors même qu'il est le foyer des preuves. Les dommages de cette présentation fallacieuse sont considérables, à la fois sur les personnes, qui sont abîmées par l'absence de droits de la défense qui en résulte, et pour la qualité du système de Compliance lui-même.

## B. LES DOMMAGES SUBJECTIFS ET OBJECTIFS DU SÉQUENÇAGE DU TEMPS

**13. Les dommages subjectifs de la vision linéaire du temps : les victimes potentielles.** En effet, en considérant que l'enquête interne serait isolée, il n'y aurait pas vraiment de place pour les droits de la défense et c'est ainsi que le collaborateur répond sans avoir accès à des pièces qui le concernent et sans savoir pourquoi on lui pose ces questions, réponses qui pourront plus tard lui valoir des sanctions. Certes, la Chambre sociale de la Cour de cassation a mis le holà à cela en précisant les droits dont le salarié est titulaire<sup>24</sup>, signe que le Droit du travail demeure un Droit unilatéral de protection qui protège le travailleur. Mais lorsqu'il ne s'agit pas d'une relation de travail pour laquelle le Droit du travail intervient, l'on ne retrouve pas l'expression de ces droits. On cite ces décisions propres au Droit social comme illustrant des règles générales, appliquant

23. Sur la réduction inexacte et dommageable de la compliance à l'efficacité, v. not. M.-A. Frison-Roche, « Approche juridique des outils de la compliance. Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du droit de la compliance par ses "buts monumentaux" », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de Compliance, op. cit.*, p. 27-38 ; « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », préc.

24. Soc. 8 janv. 2020, n° 18-19.775 ; Soc. 19 juin 2019, n° 18-11.343 ; Soc. 9 févr. 2012, n° 10-26.123 ; Soc. 12 janv. 2012, n° 10-23.583.

à toutes les enquêtes internes ce qui est plutôt spécifique aux relations de travail. Toujours dans cette perspective de relations de travail, mais pour en tirer des conséquences inverses, d'autres se prévalent du fait qu'il ne s'agit pas de « procès » mais de bonnes pratiques managériales auxquelles tout collaborateur ou tout partenaire doit pleinement participer, sans jamais résister ni se taire. Le dommage d'une telle vision est que la personne interrogée, qui peut être un partenaire contractuel ou un mandataire social, va apporter des éléments qui auront pour effet, voire pour objet, d'alimenter une décision ultérieure.

Le cas le plus flagrant est celui de la personne morale elle-même, qui va être son propre procureur et son propre juge, lorsque l'enquête interne est une enquête pénale déléguée par l'autorité publique. Cette situation a été examinée sous l'angle de *La juridictionnalisation de la Compliance*<sup>25</sup>, on y revient ici en demandant que l'on appelle alors les choses par leur nom, c'est-à-dire que l'entreprise est dans la position du « jugeant-jugé »<sup>26</sup>, ce qui la met dans une situation difficile, et dans l'organisation même de ses investigations, car qui sait se juger sans partialité ?, et à l'égard de ceux pour lesquels les preuves sont rassemblées, car qui n'a pas de pensées stratégiques à l'égard de ceux avec lesquels il faudra négocier, ou contre lesquels il faudra se défendre ?

De la même façon, puisqu'il ne s'agit pas d'un procès, lequel viendrait pourtant peut-être plus tard, les personnes physiques arrivent devant le juge protégées par une présomption d'innocence qui est détruite de fait par toutes les preuves déjà accumulées, soit par l'enquête interne, soit par la CJIP, ce qui ne leur laisse que la marge de négocier la peine.

Certes, la solution pour éviter de tels dommages peut être celle de l'éthique, du dialogue, de la confiance et d'une bonne foi que tous partageraient, la foi du Palais ayant recouvré sa place. Par cette voie, souvent évoquée, l'intérêt de l'autre est intégré, voire préféré. En Droit, surtout en Droit des sanctions et dans un Droit de la Compliance où la préconstitution des preuves est au

---

25. M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit. Toute la première partie de cet ouvrage est consacrée à « L'entreprise instituée procureur et juge d'elle-même et d'autrui par le droit de la compliance ». V. les contributions : M.-A. Frison-Roche, « Le "jugeant-jugé". Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts », p. 59-80 ; C. Granier, « Réflexions sur l'existence d'une jurisprudence des entreprises », p. 81-95 ; L.-M. Augagneur, « La juridictionnalisation de la réputation par les plateformes », p. 97-113 ; A. Bruneau, « L'entreprise juge d'elle-même : la fonction compliance dans la banque », p. 115-131 ; J.-M. Coulon, « Le droit de la compliance dans le secteur d'activité de la construction et les contradictions, impossibilités et impasses auxquelles les entreprises sont confrontées », p. 133-140 ; Ch. Lapp, « La compliance dans l'entreprise : les statuts du *process* », p. 141-150 ; J. Heymann, « La nature juridique de la "Cour suprême" de Facebook », p. 151-167 ; D. Latour, « Les enquêtes internes au sein des entreprises », p. 169-186 ; A. Bavitot, « Le façonnage de l'entreprise par les accords de justice pénale négociée », p. 187-198 ; S. Merabet, « La vigilance, être juge et ne pas juger », p. 199-209.

26. M.-A. Frison-Roche, « Le "jugeant-jugé". Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts », préc.

centre<sup>27</sup>, il est difficile de bâtir la protection des personnes sur ce sens moral qui aurait la force à lui seul de renverser le sens du temps.

**14. Les dommages objectifs de la vision linéaire du temps : la réduction de l'information requise pour l'efficacité du système de Compliance.** Les dommages objectifs sont également très grands et s'opèrent des deux côtés. Le premier dommage causé porte sur le système de Compliance lui-même. En effet, celui-ci fonctionne sur l'information, son exhaustivité et sa pertinence. Le moment décisif pour l'établir est celui de l'enquête interne et la condition pour l'obtention de l'information est la confidentialité. S'il n'est pas possible d'assurer celle-ci parce que la personne interrogée sait qu'il en sera fait usage contre elle, elle ne donnera pas l'information. Faute de cette première information, celle pour l'obtention de laquelle le « droit d'alerte », pilier du Droit de la Compliance, a été établi en 2016 puis conforté<sup>28</sup>, l'entreprise ne pourra pas agir pour atteindre les Buts Monumentaux pour lesquels cette nouvelle branche du Droit existe. Or, le Droit de la Compliance est une branche *ex ante*, qui repose sur l'action des entreprises, cet élément-là étant donc essentiel, alors que la répression n'est qu'un instrument qui ne définit pas la matière, dont la dimension répressive a vocation à avoir une place de plus en plus réduite<sup>29</sup>.

**15. Les dommages objectifs de la vision linéaire du temps : la disparition du juge.** Le second type de dommages objectifs tient à la disparition du juge, alors même qu'il est essentiel que les mécanismes de Compliance demeurent ancrés dans l'État de Droit, lequel est indissociable de celui-ci. Dans ce vaste mouvement de « contractualisation » du Droit, ce terme renvoyant à une image et non pas au Droit du contrat qui renverrait à un contrôle judiciaire des contrats qui n'existe pas ici<sup>30</sup>, l'enquête interne est présentée comme n'ayant rien de judiciaire, la CJIP étant une « alternative aux poursuites » et la CRPC un mode accéléré pour rendre la justice. Le juge est donc de moins en moins présent.

Or, le contrôle du juge est en lien direct avec la présence des droits de la défense. Il en résulte un contrôle effectif par le juge des CRPC, un contrôle qui s'apparente à un contrôle formel par celui-ci des CJIP, à travers des validations peu motivées<sup>31</sup>, tandis que les enquêtes internes seraient d'une autre nature. Le juge serait donc peu présent, alors que celui-ci, et avec lui l'avocat, doivent

---

27. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, *op. cit.*, p. 409-442.

28. M.-A. Frison-Roche, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *op. cit.*, p. 413-436.

29. M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, *op. cit.*

30. M.-A. Frison-Roche, « Les conditions requises pour favoriser la "contractualisation" du Droit », préc.

31. V. par ex. J. Gallois, « Approche comparative des caractéristiques principales de la convention judiciaire d'intérêt public. À propos des dernières CJIP rendues en application de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale en 2022 », *AJ pénal* mars 2023. 127-131 ; v.

être au centre du Droit de la Compliance<sup>32</sup>, notamment si l'on ambitionne que le Droit de la Compliance soit caractéristique de l'État de Droit tel que l'Europe le garde.

Si l'on veut conforter la présence du juge dans le système de Compliance, notamment parce que la puissance de celui-ci s'accroît dans la Vigilance, « pointe avancée » de ce système<sup>33</sup>, c'est d'abord des droits de la défense qu'il faut partir, en ce qu'ils sont ce qui reste dans un État de Droit lorsque celui-ci cherche son ultime signe d'existence.

### III. LE ROC DES DROITS DE LA DÉFENSE, PRÉROGATIVES DE TOUS CEUX QUI RISQUENT DANS LE FUTUR D'ÊTRE PUNIS GRÂCE À L'INFORMATION COLLECTÉE

**Plan.** L'articulation de la Compliance et des droits de la défense doit en réalité s'effectuer à travers le système probatoire (A), la jurisprudence devant alors affiner les notions de présomption, vraisemblance et charge de preuve (B).

#### A. ARTICULER COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE À TRAVERS LE SYSTÈME PROBATOIRE

**16. Imposer les droits de la défense dès l'instant que l'entreprise ou l'autorité recherche des faits impliquant des personnes physiques ou morales qui pourront en être sanctionnées : l'enjeu probatoire.** Si l'on retient que le Droit circule dans le temps, en anticipant dans l'usage que les personnes et institutions font de sa puissance ce qui adviendra, il faut admettre que l'entreprise qui procède à une enquête interne, pour elle-même ou pour une autorité, agit comme un juge ou comme un procureur<sup>34</sup>. Lorsqu'elle organise ou relaie un interrogatoire, que celui-ci s'appelle audition, voire entretien, avec une personne, sur des faits pouvant impliquer celle-ci, les droits de la défense

---

aussi la contribution de A. Bavitot, « Justice pénale négociée : avantages présents, risques à venir », *in* cet ouvrage.

32. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

33. M.-A. Frison-Roche, « Articulation systémique entre vigilance, due diligence, conformité et compliance », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, *op. cit.* ; « Penser et manier la vigilance par ses buts monumentaux de compliance », *in* I. Grossi (dir.), *La société vigilante*, *JCP E* 3 août 2023, n° 31-35, p. 16-20 ; « La vigilance, pièce d'un puzzle européen », *ibid.*, p. 57-58 ; « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *op. cit.*, p. 413-436 ; « L'invention de la vigilance : un terme nouveau pour une responsabilité en *ex ante* », 2021, <https://mafr.fr/fr/article/l'invention-de-la-vigilance-un-terme-nouveau-pour-u/>.

34. V. par ex. J. Heymann, « La nature juridique de la "Cour suprême" de Facebook », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, *op. cit.*, p. 151-167.

devraient se déclencher. Pas seulement par éthique ou bonté ou culture d'entreprise, mais parce que le Droit le requiert.

**17. Faire l'économie de la qualification pénale pour ne considérer que la perspective de punition.** Les juridictions suprêmes, Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation, ont fait l'économie de la qualification structurelle d'organisme juridictionnel pour imposer les droits de la défense. Même si être fonctionnellement un tribunal implique par naturel de veiller aux droits de la défense et de les respecter soi-même, comme l'imposa précocement la Cour européenne des droits de l'homme, à l'inverse la qualification de tribunal n'est pas un prérequis : pouvoir se défendre avant une révocation par un organe sociétaire découle des droits de la défense sans qu'il soit besoin de dire que le conseil d'administration est un tribunal, et ce d'autant plus que la révocation n'est pas la conséquence nécessaire d'une faute. Mais en raison de la punition qu'elle représente pour le mandataire social, les droits de la défense sont une prérogative pour que celui-ci puisse se défendre avant d'avoir à subir la révocation. Dès lors, même s'il ne s'agit pour l'entreprise que de bien gérer son organisation, pour le procureur que d'avoir tous les éléments pour proposer un mode alternatif de poursuite, il demeure que pour l'entreprise, ou pour un collaborateur, ou pour un partenaire, c'est une punition qui peut se dessiner dès le moment où une information lui est demandée. C'est donc bien en termes de droits de la défense qu'il convient de penser sur le moment la situation, car elle contient en creux et en menace ce futur.

**18. L'enjeu probatoire de tous les mécanismes de Compliance impliqués.** Le sujet des enquêtes internes, de la CJIP et de la CRPC, dès l'instant qu'on regarde les liens entre les trois, est en effet avant toute chose un sujet probatoire<sup>35</sup>. L'enquête interne consiste à construire des preuves à propos de faits, éléments probatoires qui seront conservés contre l'entreprise et ses collaborateurs, dans une sorte de carrousel, puisque cela peut être aussi au bénéfice de l'entreprise de deux façons : soit parce qu'elle peut ainsi agir contre des collaborateurs, par exemple par un licenciement, soit parce qu'elle ne subit plus ces preuves qu'elle a elle-même élaborées, contre elle ou contre les autres, en ce qu'elle obtient une clémence, terme qui n'est pas utilisé mais qui est pourtant le modèle de référence, développé notamment dans le Droit de la concurrence. Dans ce nouveau système probatoire, l'enjeu est alors d'isoler les circonstances dans lesquelles la personne morale ou physique peut d'ores et déjà se prévaloir d'une possible punition future pour bloquer ce système de Compliance basé sur la collecte d'informations, c'est-à-dire de preuves.

---

35. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », préc.

## B. PRÉSUMPTION, VRAISEMBLANCE ET CHARGE DE PREUVE : CE QUE LA JURISPRUDENCE DOIT AFFINER

19. **Présomption simple de licéité du maniement des mécanismes de Compliance sans considération de droits de la défense.** En effet, sauf à récuser tout le Droit de la Compliance, en ce qu'il donnerait précisément trop de pouvoir et aux entreprises<sup>36</sup> et aux procureurs, qui seraient alliés plutôt qu'opposés, au détriment notamment des victimes, ce qu'empêche le juge qui doit précisément, dans un raisonnement téléologique construit sur les Buts Monumentaux, contrôler le caractère proportionné<sup>37</sup> de l'usage de tous ces outils<sup>38</sup>, il faut admettre que ces outils de la Compliance sont légitimes puisqu'ils recueillent en *ex ante* des informations pour détecter et prévenir des maux systémiques afin que l'avenir ne soit pas catastrophique<sup>39</sup>. Mais il ne doit s'agir que d'une présomption simple.

20. **Droit pour la personne d'articuler une « vraisemblance » de punition future constitutive d'un risque présent justifiant le respect de droits de la défense à son profit.** En effet, si l'on veut dépasser l'affrontement<sup>40</sup> entre un système de Compliance qui ne connaîtrait radicalement pas les droits de la défense<sup>41</sup> et des principes processuels qui ignoreraient radicalement les enjeux systémiques de Compliance<sup>42</sup>, sans devoir reporter tous les espoirs sur une morale partagée et un climat de confiance entre des individus qui se connaissent de longue date<sup>43</sup>, c'est vers l'affinement du système probatoire qu'il faut aller.

La personne, qu'elle soit morale ou physique, qu'elle soit face à un service de son entreprise, à un partenaire commercial ou qu'elle soit face à un procureur, doit pouvoir établir la vraisemblance d'une punition ultérieure, ce qui ne correspond donc pas à une charge de preuve de culpabilité acquise, laquelle équivaldrait à une autodénonciation, laquelle est en principe exclue dans un État de Droit. La vraisemblance est un tableau de probabilité dessiné à partir d'indices.

---

36. Sur ce point, M.-A. Frison-Roche, « Concevoir le pouvoir », 2021, <https://mafr.fr/fr/article/le-pouvoir-pour-mieux-servir/> ; « Usage des puissances privées par le droit de la compliance pour servir les droits de l'homme », 2023, <https://mafr.fr/fr/article/lusage-des-puissances-privees-par-le-droit-de-la-c/>.

37. L. Rapp, « Conformité, proportionnalité et normativité » et M.-A. Frison-Roche, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *op. cit.*, p. 177-198 et p. 245-271.

38. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

39. M.-A. Frison-Roche, « Approche juridique des outils de la compliance. Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du droit de la compliance par ses "buts monumentaux" », préc.

40. V. ci-avant n° 1.

41. Sur cette prétention de prévalence, v. ci-avant n° 7.

42. Sur cette prétention de prévalence, v. ci-avant n° 8.

43. V. ci-avant n° 13.

Notion centrale par exemple dans la théorie de la logique juridique de Perelman<sup>44</sup>, la vraisemblance de risque de sanction est assez légère à établir, puisqu'il ne s'agit que de faire naître un doute sur l'absence de poursuites contre la personne, alors que l'objet de preuve ordinaire doit aller « au-delà du doute raisonnable », et cela que l'on soit dans le système probatoire continental ou britannique et américain<sup>45</sup>.

**21. Obligation pour l'adversaire de la personne ayant démontré la vraisemblance d'une possible punition future de démontrer le respect effectif des droits de la défense de celle-ci.** Une fois que la personne a satisfait cette charge de vraisemblance, alors son « interlocuteur » reçoit en retour une obligation : celle de mettre en place des droits de la défense effectifs, dont on connaît la liste : accès au dossier, connaissance des faits imputés, délais et temps utiles, compte-rendu, motivation, etc. Un tel système, qui ne confond pas la Compliance et la répression<sup>46</sup>, permet de remettre les punitions à leur place, laquelle n'est pas centrale mais qui implique, lorsque ces punitions se profilent, que les droits de la défense s'appliquent sans restriction.

Cette obligation probatoire est majeure dans l'obligation de Compliance qui pèse sur les entreprises, mais elle suppose tout d'abord que la charge de vraisemblance ait été satisfaite par la personne concernée<sup>47</sup>. Elle doit peser également sur les régulateurs et procureurs.

**22. Immaturité probatoire et progrès que la jurisprudence peut opérer.** Pour l'instant, l'immaturité probatoire qui caractérise le Droit de la Compliance, la tendance à considérer que celui-ci devrait n'être gouverné que par l'efficacité et ne pas s'encombrer du droit de se taire, du droit de mentir, etc., mène plutôt à en rester à l'affrontement ou à compter sur les bonnes volontés de personnes qui de part et d'autre font des efforts pour arriver à des solutions qui conviennent. L'opportunité des poursuites aurait sans doute suffi pour que s'y superpose un climat propice à cela<sup>48</sup>.

Si l'on veut moins dépendre de la qualité de fait des rapports entre les personnes, dépassement qui est l'enjeu d'un système juridique objectif, par

---

44. C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2<sup>e</sup> éd., 1978 ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1984.

45. Sur des développements sur ce point, v. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., p. 251-262.

46. G. Beaussonie, « Droit pénal et Compliance font-ils système ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, op. cit., p. 157-166.

47. M.-A. Frison-Roche, « Droit de la compliance et droit processuel », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de Compliance*, op. cit.

48. J.-Cl. Marin, « Droit pénal et compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », série « Régulations », 2017, p. 65-72.



rapport à un système juridique pré-wébérien reposant sur la qualité des relations interpersonnelles, il faudrait qu'à l'occasion des « causes systémiques » soumises au juge<sup>49</sup>, les juges, dépassant l'affinement des règles propres aux relations sociales dans l'entreprise<sup>50</sup>, opèrent cette distinction d'objet de preuve et de charge de preuve et construisent ainsi un équilibre entre le système de Compliance et sa logique d'une part, et les droits de la défense sans le respect desquels il n'y a pas d'État de Droit d'autre part. Il n'y a pas besoin d'intervention législative pour cela, juste d'un juge, notamment le juge du Droit<sup>51</sup>, qui affirme les principes probatoires puisque c'est de l'appréhension des faits qu'il s'agit<sup>52</sup> et que la preuve est ce qui articule le fait et le droit

Une telle amélioration probatoire permet de dépasser l'affrontement initial qui existe pour l'instant, et dans les notions mêmes et dans les professions impliquées. Mais il convient de prendre en considération deux notions qui dans la pratique et la conception générale de la CJIP et de la CRPC sont au cœur : le consentement à révéler et le consentement à être puni (moins), alors que tout le Droit a été construit sur la résistance et le refus de dire afin d'échapper à la punition. Dès l'instant que c'est la personne même qui consent, toutes les cartes semblent rebattues, le consentement étant devenu une notion autonome<sup>53</sup>, que l'on veut fondatrice pour pouvoir reconstruire l'ensemble du Droit, toutes branches confondues, à travers par exemple « la justice négociée ».

---

49. Sur la notion de « causes systémiques » et sur son lien avec le Droit de la Compliance, v. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », préc. ; « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant le juge », 2021, [www.mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/](http://www.mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/) ; « Présent et avenir des “causes systémiques” : cas des sites pornos (jugement 7 juill. 2023) », *Newsletter MAFR Law, Compliance, Regulation*, 8 juill. 2023 ; « Dans les causes systémiques : “déliberer” plutôt que “se disputer” », *Newsletter MAFR Law, Compliance, Regulation*, 17 avr. 2023.

50. V. ci-avant n° 13.

51. M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., spéc. O. Douvreur, « Compliance et juge du droit », p. 465-471 ; F. Raynaud, « Le juge administratif et la compliance », p. 473-478 ; E. Wennerström, « Quelques réflexions sur la compliance et la Cour européenne des droits de l'homme », p. 479-489.

52. Sur l'enjeu de la vérité des faits, v. ci-avant n° 9.

53. M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573-578 ; « Se tenir bien dans l'espace numérique », in *Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz et LexisNexis, 2020, p. 155-168 ; « Oui au principe de la volonté, non aux consentements mécaniques », 2018, [www.mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/](http://www.mafr.fr/fr/article/oui-au-principe-de-la-volonte-non-aux-consentement/) ; « Les conditions requises pour favoriser la “contractualisation” du Droit », préc.

#### **IV. L'AMBIGUÏTÉ DU CONSENTEMENT DANS L'ARTICULATION ENTRE COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE**

**Plan.** Il convient de veiller à ce que le consentement soit l'expression de la libre volonté de la personne qui l'exprime de renoncer aux droits de la défense (A), cette personne devant être placée en position de pouvoir dire « non » afin de choisir librement de dire « oui » (B) et être mise en mesure de prendre une décision éclairée ou être sous la protection d'une figure tierce (C).

##### **A. VEILLER À CE QUE LE CONSENTEMENT SOIT L'EXPRESSION D'UNE LIBRE VOLONTÉ**

**23. Les risques attachés au consentement, en raison de son autonomisation par rapport à la volonté.** Le consentement est devenu ce par quoi une personne se soumet au monde : la volonté est l'expression de la liberté<sup>54</sup>, le consentement est celle de la soumission<sup>55</sup>. Dans la conception classique du Droit, cette opposition de définition n'était pas possible parce que le consentement n'existait que par rapport à la volonté, dont il était la trace, la preuve, la concrétisation. Ainsi, par le consentement échangé avec le consentement d'un autre, la personne marquait le monde de sa liberté, l'aliénation de sa liberté ainsi faite par l'échange étant encore une manifestation de celle-ci puisqu'elle était opérée dans un échange et que la volonté demeurait la source inépuisable de consentements toujours disponibles pour concrétiser d'autres échanges.

La transformation des consentements en objets autonomes, devenant eux-mêmes des objets de marché, dont les « données à caractère personnel » sont une illustration parfaite, a placé la source qu'est la volonté en dehors du fonctionnement devenu mécanique de ces objets de valeur que sont les consentements, qui circulent entre ceux qui les ont captés, ceux qui les convoitent et ceux qui sont les intermédiaires.

L'un des grands enjeux du Droit de la Régulation et de la Compliance est de restaurer le lien entre le consentement et la volonté pour que la personne concernée puisse exercer sa volonté libre lorsqu'elle consent à ce qu'on dispose d'elle. C'est ainsi que tout le Droit des données personnelles est construit au bénéfice des personnes concernées, non pas pour les priver du droit de disposer des informations qui les concernent au bénéfice d'autrui, celui-ci construisant ainsi une industrie, mais pour que la source de ce consentement soit bien leur libre volonté.

---

54. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

55. M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », préc.

L'on retrouve ici le principal enjeu : non pas empêcher la personne de renoncer aux droits de la défense, car s'assurer qu'une personne puisse toujours par exemple renoncer au droit de se taire, donner des informations sur d'autres, etc., mais il faut que ce consentement soit encore l'expression de sa libre volonté et non pas sa soumission à la puissance d'autrui, qu'il s'agisse de l'entreprise ou d'un régulateur ou d'un procureur.

**24. Le libre consentement, mode de renonciation aux droits de la défense pour servir directement ses intérêts.** Ainsi, alors que l'avocat ne peut pas renoncer à l'exercice des droits de la défense, la personne protégée par ceux-ci peut y renoncer. Leur nature de droits subjectifs implique cette disponibilité pour la personne ainsi protégée. Dès l'instant que le Droit admet cette renonciation alors que cela est contraire à l'intérêt de la personne, l'aveu étant une preuve recevable, l'« autorévélation », qui n'en est qu'une déclinaison, n'a pas de raison d'être contestée puisqu'en échange un avantage est obtenu, sauf à être plus royaliste que le Roi.

Cela est vrai pour la personne morale dans la CJIP, pour les personnes morale et physique dans la CRPC, cela ne l'est pas pour la personne physique qui n'est pas dans la CJIP et ne peut consentir à rien, ni pour la CRPC pour laquelle le procureur et le juge de l'homologation ne consentent pas par avance, ni pour le collaborateur qui n'obtient pas une immunité en échange de sa collaboration et de l'information qu'il donne. Ce dernier point justifie la place des alertes anonymes, mais celles-ci, comme dans un jeu de dominos, compromettent à leur tour les droits de la défense des personnes dénoncées.

**25. L'absence possible du prérequis du lien entre consentement et libre volonté : pouvoir dire « non » afin de pouvoir dire « oui ».** Or, tout le système des volontés, en ce qu'on suppose leur puissance à produire un résultat juste pour les personnes autonomes qui en font usage, suppose que le consentement ainsi exprimé traduit effectivement la liberté de celles-ci parce qu'elles auraient pu dire « non » et qu'elles ont choisi de dire « oui ». C'est la liberté négative, le pouvoir de dire « non », qui fonde la contrainte juridique et politique dans la sphère de celui-ci, attachée au pouvoir de dire « oui ».

Or, il arrive que la personne n'ait pas eu les moyens de refuser de consentir, ce qui implique, dès l'instant qu'elle a montré la vraisemblance d'une punition future<sup>56</sup>, que le Droit et ses interlocuteurs la mettent dans des conditions telles qu'elle puisse ne pas consentir, ce qui rendra juridiquement légitime son consentement à renoncer aux droits de la défense, notamment à révéler si elle choisit de dire « oui » plutôt que « non ».

---

56. Sur cette charge de vraisemblance qui repose sur la personne concernée, v. ci-avant n° 20 ; sur l'obligation probatoire et la charge de preuve qui en découle pour son interlocuteur, v. ci-avant n° 21.

## **B. LA CONDITION DE PRINCIPE D'UN CONSENTEMENT EFFICACE POUR LE RENONCEMENT LÉGITIME AUX DROITS DE LA DÉFENSE DE CELUI EXPOSÉ À UNE PUNITION FUTURE : POUVOIR DIRE « NON » AFIN DE CHOISIR DE DIRE « OUI »**

26. **Pouvoir dire « non » et choisir de dire « oui ».** Ainsi, lorsqu'un collaborateur choisit de se dénoncer, lorsqu'une entreprise choisit de s'incriminer, cela est tout à fait admissible et favorable au système général d'information sur lequel repose le Droit de la Compliance, sa récompense étant l'absence de punition, dès l'instant qu'au départ il lui était possible de « ne pas collaborer », la collaboration qu'il apporte ainsi équivalant à une renonciation qu'il fait au bénéfice des droits de la défense dont il est titulaire.

27. **Les situations où la personne ne pouvait pas dire « non », son consentement n'exprimant plus alors que sa soumission et non sa libre volonté.** En revanche, lorsque le collaborateur interne à l'entreprise est dans « l'obligation de collaboration » parce qu'il est dans une position de subordination hiérarchique lors de son audition ou, lorsqu'il s'agit d'un collaborateur externe, dans une situation de dépendance économique, son consentement à renoncer à ses droits de la défense, alors même qu'il était d'ores et déjà vraisemblable qu'il serait par la suite puni, n'est que l'expression de sa soumission et non de sa libre volonté. De la même façon, la personne physique ou morale qui consent à ne pas se taire, à dire toute la vérité, à « collaborer » faute de quoi elle sera très lourdement sanctionnée par la suite, n'est pas dans une situation de Droit mais dans une situation de force.

28. **Pour les personnes qui consentent par soumission à la diminution de leurs droits de la défense, le juge doit être plus actif qu'actuellement, grâce à un contrôle renforcé de proportionnalité.** Le juge doit être présent pour faire respecter au profit de cette personne le principe de proportionnalité dans les avantages qu'elle retire d'une situation dans laquelle elle est soumise et dans laquelle elle n'a pas été protégée par l'exercice de droits de la défense, par exemple parce qu'elle n'était pas là. Le principe de proportionnalité doit être manié par le juge du contrôle qui, sur le modèle du juge qui contrôle les CRPC, doit examiner au fond ces mécanismes de Compliance, ce qui pour l'instant n'est pas vraiment le cas mais pourrait l'être en prenant exemple sur le modèle britannique, alors que le Droit américain s'éloigne de plus en plus du juge pour laisser toute la place au procureur, qui devient seul maître.

Pour l'instant, le principe de proportionnalité n'est visé, en application des textes, que pour contrôler le montant de l'amende d'intérêt public dans les CJIP. Son maniement mériterait d'être étendu, notamment parce que ces outils de Compliance s'étendent eux-mêmes, le contrôle de proportionnalité méritant de porter aussi sur le bénéfice retiré par l'entreprise et ses collaborateurs, qui ont apporté l'information et amélioré ainsi l'effectivité de la règle de Droit et contribué aux Buts Monumentaux de la Compliance, mais aussi sur le

bénéfice retiré par les victimes. Cette dernière considération commence à être visée dans des CJIP réalisées en matière environnementale.

### C. LES MODALITÉS REQUISES POUR RENONCER DE FAÇON ÉCLAIRÉE À SES DROITS DE LA DÉFENSE OU POUR TROUVER PROTECTION DANS UNE FIGURE DU TIERS

29. **Savoir à quoi l'on renonce.** Dans les modalités, et comme cela est rappelé dans les divers documents de droit souple, une fois qu'il est établi par la personne concernée qu'il est vraisemblable qu'elle sera exposée dans le futur à une perspective de punition, il faut que son interlocuteur la mette en mesure de savoir à quoi elle est effectivement exposée, ce dont elle n'a que de premiers indices, afin que la renonciation qu'elle peut faire de ses droits de la défense le soit en connaissance de cause.

30. **Devant qui se défendre « à temps » ?** Si la personne a établi la vraisemblance d'une perspective future de punition, parce que la situation présente dans laquelle elle se trouve est déterminante car elle a pour effet, voire pour objet, de collationner des faits, qui seront un trésor probatoire<sup>57</sup>, ses interlocuteurs doivent lui donner le temps utile pour se défendre. Mais tout cela n'est pertinent que si la personne concernée se défend « en temps utile », notion clé dans les droits de la défense et le principe du contradictoire, car il faut se défendre avant que « la cause ne soit entendue ».

Or, la difficulté des outils de Compliance vient souvent du fait que le cas n'est entendu que plus tard par ces tiers que seront le régulateur et/ou le juge. Dans l'enquête interne et la CJIP, le rapport est bilatéral, ce sont d'ailleurs sans cesse les termes de « contractualisation » et de « négociation » qui sont utilisés<sup>58</sup>.

Dès lors, un enjeu essentiel est de remettre un « tiers » dans ce système de Compliance.

31. **Insérer précocement la figure du tiers, le premier prétendant : l'avocat-enquêteur.** Puisque la méthode retenue est de « circuler dans le temps » pour avoir une vision réaliste des situations qui sont au moment où elles se construisent soit en anticipation d'autres soit en souvenir d'autres, et de dégager à partir de là des solutions juridiques, il faut admettre le danger dans lequel peut être la personne, physique ou morale, et la restriction déjà faite de sa liberté effective à renoncer à se défendre, ce qui suppose donc un tiers pour prendre en charge ses intérêts, le tiers étant le signe même de la justice<sup>59</sup> et du Droit.

57. Sur la notion de « trésor probatoire », v. ci-avant n° 12.

58. V. ci-avant n° 15.

59. V. par ex. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Autrement, coll. « Morales », 1994, p. 193-207.

L'enquêteur peut être ce tiers, notamment parce qu'en menant les investigations de l'enquête interne il dessine son résultat et que dans son rapport d'enquête se dégage une sorte de jugement sur les faits qu'il rapporte. Le besoin de son impartialité, dont l'importance est sans cesse rappelée, le renvoie bien à cette image. Dans le cas de l'enquête interne, cela justifie d'autant plus le recours à un tiers extérieur à l'entreprise, notamment à un avocat, lequel est par ailleurs tenu par la déontologie de sa profession. Mais dans ce cas et comme le soulignent les autorités dans le droit souple qu'elles ont émis à ce propos, il paraît difficile que ce soit le même avocat qui prenne par la suite en charge la défense de l'entreprise dans les relations de type conflictuel qui s'élaborent dans la durée, car, chacun circulant dans le temps, il ne pouvait qu'y penser alors qu'il dirigeait l'enquête et que la défense ultérieure des intérêts de l'entreprise implique cette absence de mise en distance.

La cohérence de position implique que soit l'on reconnaisse que le rapport d'enquête est une pièce probatoire construite par l'entreprise par anticipation de situations où elle risque une sanction, preuve élaborée certes loyalement mais dans son intérêt, ce qui permet à l'avocat dans un *continuum* de la défendre tout du long, dès le stade de l'enquête et par la suite car il s'agit toujours de la défendre, soit l'on affirme que l'enquête interne et le rapport qui en résulte sont la recherche impartiale de la vérité des faits, notamment parce que l'enquête interne ne serait qu'une enquête répressive déléguée par l'autorité publique, qu'il s'agisse d'un régulateur comme l'Autorité des marchés financiers ou d'un procureur spécialisé comme le PNF, ou non, dans les cas de harcèlement ou d'atteinte à l'environnement par exemple, auquel cas l'avocat ne peut prétendre être dans un premier temps en distance de l'entreprise puis ne plus l'être dans un second temps. La position des autorités, qui affirment que l'enquête vise la recherche objective de faits et que l'avocat qui en serait chargé ne devrait pas pouvoir défendre par la suite l'entreprise, est une position cohérente ; les avocats, qui soutiennent que l'enquête vise à construire un élément probatoire majeur pour la suite conflictuelle, que la défense est enclenchée dès le départ et qu'ils doivent pouvoir poursuivre leur mission lorsque le conflit et le danger se cristallisent, adoptent eux aussi une position cohérente. Mais il est incohérent de mixer les deux, c'est-à-dire de prétendre que l'enquête serait une recherche impartiale et objective de faits menée par une personne tierce qui par la suite pourrait changer de rôle, c'est-à-dire défendre l'entreprise car, parce que chacun circule dans le temps, l'on ne peut pas passer de l'un à l'autre.

Si l'on restaure ainsi la cohérence interne des deux positions, l'on peut plus aisément en apprécier la pertinence respective.

**32. Le statut probatoire du rapport d'enquête, élément déterminant pour cerner la place de chacun.** Le rapport d'enquête est établi soit spontanément par l'entreprise soit à la demande de l'Autorité de régulation ou du procureur

et il apparaît que chacun des trois le perçoit comme un « trésor probatoire »<sup>60</sup>. Dès lors, il paraît difficile d'attendre de l'entreprise une impartialité objective, au sens de « mise à distance »<sup>61</sup>, et qu'elle ne prenne pas en considération ses intérêts quand elle peut le faire dans cet exercice spontané ou contraint. C'est d'ailleurs pour cela que le Droit américain ne délègue pas l'enquête à l'entreprise mais oblige celle-ci à apporter des éléments à l'enquête que l'administration, le régulateur ou le procureur mène sous sa seule maîtrise, ce qui est plus clair.

De la même façon, dans la CJIP le procureur ne prétend pas être un tiers, puisqu'il est l'auteur de la proposition, celle que la personne morale va discuter puis éventuellement accepter. Certes les procureurs insistent sur le fait que leur action est mue par l'intérêt général et non par l'intérêt particulier, lequel, qu'ils sous-entendent inférieur, caractérisant l'entreprise, tandis que l'intérêt général les rapproche des régulateurs, ce qui justifie que des actes de droit souple soient pris en commun, tandis que le contrôle du juge n'aurait qu'à être léger puisque la confiance doit être faite à celui qui n'est certes que partie et non pas tiers mais agit dans l'intérêt de tous. Mais le Droit britannique n'est pas construit ainsi, parce que cette hiérarchie des intérêts n'y est pas si forte, le juge du contrôle intervenant fortement, effectivement et au moment requis, c'est-à-dire avant que l'accord n'intervienne entre les deux parties.

**33. Faire revenir dans le temps présent de l'accord le juge qui intervient si tard.** En effet, chacun admet que tandis que le contrôle du juge sur le mécanisme de la CRPC est effectif, celui opéré par une ordonnance de validation, qui n'équivaudrait pas même à un contrôle d'homologation, est d'ordre formel, procédural et porte sur la proportionnalité entre la sanction et la gravité des faits, ce qui ne correspond qu'à l'un des éléments du mécanisme<sup>62</sup>. Pour l'instant, aucune CJIP n'a fait l'objet d'une absence de validation, aucun juge n'ayant demandé au procureur et à la personne morale de renégocier tel ou tel élément de leur engagement. Il est à juste titre suggéré que le Droit français, sans qu'il soit besoin d'une loi pour cela, adopte la solution britannique selon laquelle dans la fin des négociations de la CJIP le juge de la validation est convié, afin de prendre connaissance de ce qui serait les termes de l'accord et pour exprimer d'ores et déjà l'appréciation qu'il en a. Intervenant ainsi « à temps », le juge pourrait contrôler davantage, prendre aussi en considération l'indemnisation des victimes, etc.

**34. Compter sur la seule procédure pour remplacer la figure du tiers dans les phases antérieures contenant pourtant déjà le risque de punition : les bienfaits du principe du contradictoire.** Si l'on ne trouve pas de tiers dans

60. Sur cette notion de « trésor probatoire », v. ci-avant n° 12.

61. Le principe d'impartialité a donné lieu à énormément de textes, de décisions et de doctrine. V. une description d'ensemble par ex. in S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel*, *op. cit.*, § 493 s. V. aussi M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999. 53-57.

62. Sur ce que, par ailleurs, pourrait être un contrôle de proportionnalité par le juge, v. ci-avant n° 28.

ces temps préalables que sont l'enquête interne et la CJIP, il faut alors avoir confiance dans la seule procédure<sup>63</sup>, notamment le principe du contradictoire dans son lien avec les droits de la défense dans l'ouverture du débat et la prise en considération des éléments formulés par les uns et les autres, et la trace qui en sera gardée par la motivation qui devrait figurer dans le rapport d'enquête interne et dans la description des négociations de la CJIP.

Parce que la preuve est centrale dans ces mécanismes qui doivent se penser dans le temps, l'essentiel est alors de retrouver dans les différents actes qui jalonnent l'histoire<sup>64</sup> la trace de cette contradiction. Utiliser le vocabulaire de la « traçabilité » dans l'enquête interne ou dans la CJIP, c'est reprendre sous un autre terme l'exigence de motivation en fait et en droit.

**35. Compter sur le sens partagé de l'éthique, de la loyauté, du souci de l'autre, de la confiance et de la réputation de tous pour remplacer la figure du tiers dans les phases antérieures contenant pourtant déjà le risque de punition.** En outre, dès l'instant que cela peut être contrôlé, l'on peut compter sur l'éthique, la loyauté, le souci de l'autre, la confiance entre les diverses parties aux intérêts opposés, la nécessité pour chacun de maintenir sa crédibilité et sa réputation, pour se passer de la figure du tiers impartial et désintéressé. Le Droit classique n'avait pas cet enthousiasme pour cette articulation autorégulée, mais peut-être avait-il tort. L'avenir nous montrera si ces éléments suffisent à faire fonctionner un système, plutôt que de faire monter en puissance le juge et d'éliminer les contradictions en circulant mieux dans le temps comme le propose cette présente étude.

## V. L'AMBIGUÏTÉ DU SECRET DANS L'ARTICULATION ENTRE COMPLIANCE ET DROITS DE LA DÉFENSE

**Plan.** Il convient tout d'abord d'envisager le déclenchement du secret en raison de la possible sanction déjà présente (A), puis son utilité comme voie d'obtention de l'information pertinente (B).

### A. LE SECRET LORSQUE LA POSSIBLE SANCTION EST DÉJÀ PRÉSENTE

**36. Le secret au présent, déclenché par la possible punition future.** Comme il a été précédemment montré, les droits de la défense sont attachés à la perspective d'une punition, c'est-à-dire trouvent leur source dans le futur<sup>65</sup>,

63. J.-Fr. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 253-267.

64. Sur le récit que cela constitue, v. ci-avant n° 12.

65. V. ci-avant n° 17.



impliquant que l'on circule dans le temps, ce qui est la méthode retenue par l'ensemble de cette contribution<sup>66</sup>. Comme l'a posé la Cour de justice de l'Union européenne dans sa décision du 9 février 2021, *Consob*<sup>67</sup>, cette situation déclenche le droit au silence, c'est-à-dire le secret, au cœur même de la régulation financière qui organise et protège l'information de tous.

Dès l'instant que le système probatoire préalablement exposé, distinguant entre les charges de vraisemblance et les charges de preuve pour éviter de dévitaliser les systèmes de Compliance d'ordre public, est respecté, ce droit au secret doit être préservé par celui-là même qui mène l'enquête ou propose une CJIP, en demandant à celui qui veut en bénéficier d'articuler les éléments de vraisemblance de cette possible punition future.

## B. LE SECRET, COMME VOIE D'OBTENTION DE L'INFORMATION PERTINENTE

**37. Le secret, voie parfois nécessaire d'obtention immédiate de l'information.** Il ne faut pas toujours opposer *Compliance et droits de la défense*, même si leur conception est opposée, ni penser que les bonnes pratiques et la bonne entente permettront au final d'arranger tout ça... Il est remarquable que certains proposent de concevoir le rapport d'enquête comme un document probatoire, c'est-à-dire public et donc rédigé dans l'intérêt de l'entreprise puisque lu plus tard par des autorités, des victimes, des investisseurs, des procureurs, qui n'ont pas le même intérêt, tandis que parallèlement un rapport d'investigation devrait être élaboré et demeurer secret, donnant à l'entreprise l'ensemble des informations, y compris plus défavorables et dont elle ferait seule usage.

Cela amène à la question centrale du secret professionnel, qui permet aux différents actes, les transcriptions d'auditions, les documents collectés, le rapport d'enquête, d'en être recouverts par ricochet. On observera simplement ici, puisque c'est la perspective du Droit de la Compliance qui est privilégiée, que l'information gagne à être collectée<sup>68</sup> et en premier lieu par l'entreprise elle-même.

Ne pas permettre le secret en la matière, parce que le secret professionnel de l'avocat ne devrait pas s'y étendre, comme s'y opposent les autorités, incite les entreprises à ne pas chercher les délits et manquements, alors que le Droit de la Compliance se définit pour elles comme l'obligation de les détecter afin

66. V. ci-avant nos 3 et 5.

67. CJUE, gr. ch., 2 févr. 2021, *DB c/ Consob*, aff. C-481/19. Pour une analyse détaillée de cette décision, v. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., p. 29-55.

68. Sur la prévalence de l'information dans les systèmes de Compliance, v. ci-avant n° 7.

Compliance et droits de la défense : vision d'ensemble

de les prévenir à l'avenir, c'est-à-dire à circuler dans le temps, n'allant vers le passé que pour mieux agir dans le futur.

Ce ne sont donc pas tant les droits de la défense qui impliquent le secret qui doit porter sur les enquêtes internes, mais bien le Droit de la Compliance lui-même.