

Du droit de la régulation ■ au droit de la compliance ■

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE¹

*Professeur de droit économique
et financier à Sciences po (Paris)*

I. L'ORIGINE : UN DROIT DE LA RÉGULATION RETROUVANT ET ACCROISSANT SES BUTS « MONUMENTAUX »

Le « droit de la régulation » mit du temps à se construire. En Europe, il le fit en contrepoint d'un droit public qui, construit sur les services publics, ne lui laissait pas de place. Il le fit donc en se heurtant, en se croquevillant sur la seule technique (A). Du fait de la mondialisation, et la nécessité de donner des règles et un cadre à celles-ci, le droit de la régulation a pu retrouver son ampleur, dans un souffle qui mérite d'être désigné comme celui d'un service public mondial (B).

A. LE PREMIER TEMPS D'UN DROIT DE LA RÉGULATION LÉGITIMÉ PAR SON RECROQUEVILLEMENT

Le droit de la régulation est parfois défini comme la gestion efficace des défaillances techniques, provisoires ou définitives, des marchés. Il est donc en deçà de l'image que le système juridique, notamment français, donne du droit public dans sa construction classique, alors même que l'un et l'autre portent sur les mêmes objets. Le droit de la régulation a renouvelé et comblé des failles ou inadaptations des systèmes juridiques nationaux, mais l'étroitesse de sa perspective, nécessaire pour légitimer la matière, a aussi fragilisé le

1: Cet article s'appuie sur un *working paper* en langue française et en langue anglaise, dans lequel sont insérés des notes et des liens hypertextes menant notamment au *Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance*. Ce *working paper* est accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-compliance/>

droit de la régulation (1). En effet, si l'on ne conçoit le droit de la régulation que comme un outil de gestion technique des défaillances de marché, alors une telle branche du droit a vocation à s'essouffler (2).

1. Le droit de la régulation, version renouvelée mais étroite du droit des services publics

Dans les années 1980-2000, l'Europe a connu les contrecoups d'un affrontement entre le droit et l'économie. Les systèmes nationaux ont continué d'exprimer l'idée que le droit a pour fonction de faire place aux êtres humains et de maintenir des équilibres entre eux pour une vie commune décente, ce que le droit public organise en *ex ante* par les services publics, ce que le droit privé opère d'une façon moins systémique par le droit des personnes et le contrat. En cela, les monopoles et les droits subjectifs, notions liées car les droits subjectifs sont autant de prérogatives dont le droit de propriété et les droits exclusifs ne sont que des exemples, sont *a priori* légitimes.

Face à cela, le droit de l'Union européenne, en libéralisant les secteurs au nom du droit de la concurrence dont la source est davantage l'économie, à laquelle il donne forme, que le droit, a posé que la liberté des personnes et les avantages que chacun peut en attendre sont *a priori* entravés par de tels bastions que sont les droits subjectifs et les monopoles, lesquels empêchent la construction d'un espace commun.

Droit national et Droit de l'Union ont une logique propre et se sont affrontés au cas par cas, dans les doctrines, devant les Parlements et devant les juridictions. Par la puissance des théories économiques et du fait de la hiérarchie des normes qui met au sommet le droit de l'Union européenne, lequel constitue à la fois un ordre juridique autonome et immédiatement intégré dans les droits des États membres, la seconde représentation du monde l'a emporté.

Le droit de la régulation a alors pris la seule place qui pouvait lui rester.

Dans le droit public classique, le droit de la régulation pouvait exprimer d'une part une sorte de police administrative exercée par l'État sur des secteurs mis sous surveillance ou pour lesquels il entendait développer des plans. Le droit de la régulation était alors concentré dans la tutelle exercée par l'État sur les grands opérateurs publics, bancaires ou énergéticiens notamment. Dans le droit instrument au service d'un citoyen-consommateur, un tel impérialisme devenu injustifié expose l'État à des sanctions. Le droit de la régulation se constitua donc comme l'ensemble des techniques juridiques par lesquelles des défaillances de marché constatées sont palliées.

Le principe est ainsi renversé. Le principe est le marché, dont le fonctionnement naturel, à savoir la rencontre des offres et des demandes, est bon pour tout et pour chacun. S'il est démontré que cette rencontre ne s'opère pas, alors, par exception, une régulation peut se mettre en place, soit en *ex ante* (par exemple, attribution de droits exclusifs ou attribution de droits d'accès), soit en *ex post* (par l'utilisation, par exemple, de la qualification de facilité essentielle).

Le droit de la régulation est donc et n'est plus qu'une forme juridique d'une conception économique : la gestion des défaillances techniques des marchés. Il est réservé à des secteurs défaillants, soit d'une façon temporaire car le passage à la concurrence est progressif, soit d'une façon définitive (réseau de transport, asymétrie d'information, etc.). L'État devint un gestionnaire de ces défaillances – un gestionnaire comme un autre de ces défaillances repérées par un autre que lui, pointées par l'expert en économie de la régulation

Le droit de la régulation peut alors être pensé en dehors de l'État, car il n'a plus de dimension politique. Plus encore, il ne doit pas en avoir, car les personnes qui gouvernent apparaissent comme étant en conflit d'intérêts, le cœur du droit de la régulation tenant dans l'établissement d'un régulateur qui doit être indépendant. En outre, cette nouvelle branche du droit peut même être pensée au-dessus des systèmes juridiques nationaux, car elle doit l'être dans les mêmes contours que les marchés sur lesquels elle porte : au marché européen, doit correspondre un droit de la régulation européen (télécommunications, énergie, environnement, Union bancaire) ; au marché financier global, doit correspondre un droit global de la régulation financière.

Apparaît alors comme une figure intime et exemplaire du droit de la régulation : un régulateur à la fois indépendant, impartial et expert, en tant qu'il connaît techniquement le secteur dont il prend en charge le fonctionnement, voire l'avenir. Cela apparaît tout aussi « naturel » et fort que l'ancienne conception.

Pourtant, vingt ans après, ce rétrécissement montre toutes ses limites.

2. L'essoufflement d'un droit de la régulation, cantonné à la gestion économique des défaillances techniques de marché

Le droit ne peut être fermé sur lui-même, mais il ne peut non plus être la simple voie d'exécution d'un autre système normatif, qu'il s'agisse des idées sur le fonctionnement de la nature (biologie), de la volonté politique, ou des idées sur le fonctionnement de l'économie.

En qualifiant le droit de « boîte à outils », dans laquelle toutes les normes seraient interchangeable, le droit étant si « souple » que la Constitution et une déclaration à la télévision faite par un fonctionnaire que nul ne connaît seraient équivalentes, tandis que la portée des paroles en vient à dépendre en droit de la position de ceux qui écoutent, le droit économique a tant attaqué l'autorité classique du droit, les notions d'ordre public ou de volonté générale, que le droit de la régulation ainsi présenté a lui-même perdu son souffle.

Si le droit ne doit être que le moyen de rendre efficaces les projets particuliers des agents rationnels, tels que les machines et autres algorithmes peuvent les établir, les chiffres n'étant plus les moyens de transcrire des projets humains mais se substituant à ceux-ci, alors le droit de la régulation traduirait effectivement cet affaiblissement du droit.

Un affaiblissement qui se manifeste par une montée en puissance de la répression, marque du droit de la régulation, car plus un système est faible et plus il tambourine.

Mais faut-il encore mentionner une nouvelle fois la phrase de Portalis, selon laquelle « les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois » ? La technologie semblant la nouvelle loi, intime du marché, il convient de rappeler que pareillement les lois ne sont pas faites pour que les machines fonctionnent à plein. Les lois sont faites pour que les êtres humains parviennent à vivre ensemble et développent seuls ou ensemble des projets dans le temps.

Les êtres humains ne sont pas au service des marchés, ne sont pas au service des machines, ne sont pas au service des lois. Le droit de la régulation, réduit à pallier mécaniquement les « défaillances » d'un marché idéal, ainsi mis au service des marchés, c'est-à-dire au service des machines, ne peut satisfaire les êtres humains.

Les résistances opposées au droit de l'Union par les États membres ne l'ont pas été toujours pour de bonnes raisons, mais l'inhumanité du droit de la régulation, par exemple dans sa réduction du « service public » au « service universel », en refusant de concevoir celui-ci comme autre chose que l'accès des compétiteurs aux réseaux d'infrastructure essentielle ou en refusant d'intégrer dans le « prix équitable » autre chose que des coûts économiquement listés, a affaibli le droit de la régulation alors même que, par ailleurs, des « accès universels » étaient organisés à des biens communs, comme les soins médicaux.

Ce rétrécissement était sans doute justifié parce que la conception classique du service public avait aussi justifié des organisations économiques nationales produisant des rentes sans cause et des connivences, voire des corruptions, auxquelles la conception étroitement économique du droit a permis, si ce n'est de mettre fin, à tout le moins de faire un sujet juridique de ces effets pervers, notamment en ce qui concerne les conflits d'intérêts.

Les révélations du droit économique de la régulation expliquent que pendant de nombreuses années la nouvelle conception du droit de la régulation ait prévalu. Et avec raison. Mais sa sécheresse est devenue insupportable en raison de la mondialisation.

B. L'AFFIRMATION D'UNE RÉGULATION DE LA MONDIALISATION PAR LE DROIT, NOUVELLE FORME D'UN SERVICE PUBLIC MONDIAL

Il a été tant écrit à propos du choc que la mondialisation, qu'il convient d'ailleurs de distinguer de la globalisation, cause sur les États qu'il convient de la décrire ici brièvement. On rappellera deux faits : la mondialisation a affaibli les États, même si ceux-ci sont des sujets de droit international (1), alors même qu'elle a accru la nécessité de protéger les êtres humains plus

exposés qu'auparavant (2). Malgré l'aporie qui se dessine, l'être humain se met à vouloir, voire à exiger, un « service public mondial » (3).

1. La mondialisation, cause d'affaiblissement des États, sujets de droit international

La mondialisation est de deux sortes. La première consiste dans une intensification des échanges supranationaux des personnes, des marchandises et des capitaux. Ce changement n'étant que d'échelle et non de nature, le droit s'y adapte, les États intensifiant leurs méthodes de droit international public, notamment la technique des traités multilatéraux, tandis que les institutions supranationales incluent des juridictions dont l'effectivité des décisions est assurée par les États signataires.

La seconde mondialisation, qui s'y superpose, a pulvérisé l'espace et le temps. Elle mérite le nom de « globalisation ». L'espace financier et l'espace numérique, tous deux liés, permettent aux personnes, aux capitaux et aux marchandises – avant tout l'information – d'être transférés sans coût, sans espace (car ils sont en réalité immobiles) dans un instant (l'instant n'étant pas une durée). Actuellement et malgré toutes les réflexions à ce propos, les États ne savent que très mal intervenir aussi bien *ex ante* qu'en *ex post*, dès l'instant qu'ils ne se placent pas eux-mêmes dans une position de force, comme le fait par exemple la Chine qui oppose son inertie.

Et pourtant, c'est là où les États sont les plus faibles qu'ils sont les plus requis.

2. La mondialisation, cause de la nécessité de prendre en considération les êtres humains dans le jeu des forces brutes

La mondialisation a précipité les êtres humains hors d'eux. Soit par des fuites massives hors des frontières. Soit par leur propre consentement, par des navigations à travers des espaces, notamment numériques, où ils sont exposés à être dépouillés de leurs données personnelles, c'est-à-dire d'eux-mêmes, quand ils ne se vendent pas volontiers.

Les anciens espaces comme les nouveaux semblent aujourd'hui régis par des forces très violentes, qui entrent entre elles dans un jeu lui-même très violent, spectacle auquel la population réagit elle-aussi d'une façon très violente, la moindre étant les prises de position politique extrêmes et l'élection de candidats extrémistes, qui affirment leur volonté de mettre au pas les juges, c'est-à-dire le droit. Dans cette « épreuve humaine », que peut faire le droit ?

Que reste-t-il du droit pour protéger les personnes exposées ?

Le droit de la régulation, ayant massacré le droit des services publics en le réduisant à une technique de gestion des externalités négatives, ne peut le faire. Le politique ne peut et ne veut plus le faire.

Comme c'est regrettable. C'est au moment où les êtres humains ont besoin le plus d'être protégés, d'être éduqués, de n'être pas laissés à leur solitude

et à leur peur, notamment leur peur des uns des autres, qu'il n'y a plus personne, qu'il n'y a pas de droit adéquat.

Or, si l'on définit le droit comme l'ensemble des mécanismes qui vient protéger le faible – mais on tend aujourd'hui à le définir comme une technique neutre qui rend efficaces les volontés particulières –, le droit disparaît au moment où l'on a le plus besoin de lui.

La violence actuelle de la population s'explique aussi parce qu'elle perçoit le droit comme une technique indifférente à ses malheurs, sans lien avec le « sentiment de justice ».

3. La nécessité pour le droit d'inventer les formes d'un « service public mondial »

Si on n'admet pas cette situation, due aussi à une évolution du droit, évolution admissible sur certains points mais catastrophique dans ses conséquences, il faut non pas restaurer le « service public à la française » car les frontières ne se rebâtissent pas, le monde est ouvert, plus violent aujourd'hui qu'hier et l'État mondial n'existe pas : il faut instaurer un « service public mondial ».

Comme celui-ci n'existe pas, il faut l'inventer.

C'est ce qui est en train de se passer par la voie du droit de la compliance.

C'est pourquoi celui-ci est aussi, voire avant tout, l'affaire des États aussi bien que celle des entreprises privées.

II. LA CONSÉQUENCE : UN DROIT DE LA COMPLIANCE INTERNALISANT DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX LA MISE EN ŒUVRE DES BUTS MONUMENTAUX

Le droit de la compliance porte les plus grands espoirs parce qu'il résout l'aporie entre le droit de la régulation et la mondialisation : le droit de la régulation parvenant à n'être plus dans une dimension rétrécie à un seul rattachement à l'État et parvient à prendre en considération le phénomène incontestable de mondialisation, lequel rabat pourtant la prétention des États à imposer encore une vision de l'être humain à l'échelle de la planète. En cela, le droit peut de nouveau avoir la prétention de servir son but : servir l'être humain en situation de faiblesse.

En effet, le droit de la compliance, branche du droit nouvelle, comme le fut naguère le droit de la régulation, et tout aussi « étrange » que lui, branche du droit révolutionnaire, est le prolongement direct du droit de la régulation (A). Il en résulte un bouleversement immédiat : le droit de la supervision, jusqu'ici réservé à des secteurs très spécifiques, à savoir la banque, l'assurance et la pharmacie, s'étend désormais au-delà de ceux-ci pour atteindre non seulement tous les secteurs mais toutes les entreprises internationales, y compris celles n'ayant pas d'activités régulées, créant sur elles un choc en

retour majeur (B). Face à ce bouleversement, les États comme les entreprises internationales ont un choix historique majeur à faire : soit s'affronter – et tous perdront –, soit trouver la voie d'un pacte de confiance (C).

A. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, PROLONGEMENT DU DROIT DE LA RÉGULATION

L'on a peu rapproché le droit de la régulation et le droit de la compliance. C'est sans doute un des effets malheureux de la distinction, à laquelle on accorde trop d'importance, entre le droit public et le droit privé : le fait que l'on rapporte encore souvent le droit de la régulation au droit public, tandis que l'on a tendance à rapprocher le mécanisme de compliance au droit privé, entrave ce rapprochement.

Pourtant, le droit de la compliance n'existerait pas sans le premier, tandis que le droit de la régulation retrouve non seulement une nouvelle efficacité, mais plus encore un nouveau souffle, par le second. En effet, à travers les mécanismes de compliance, les autorités de régulation élaborent des « buts monumentaux » (1). À cette édicition de « prétentions » au sens premier et fort du terme, les autorités associent une obligation nouvelle pour les entreprises de rendre effectifs ces buts, comme l'anéantissement de la corruption, uniquement en raison de leurs positions, par exemple parce que ces entreprises sont au cœur des flux financiers internationaux, parce qu'elles ont des activités internationales, parce que le mécanisme de cotation les extrait de leur territoire économique, parce qu'elles tiennent le numérique : pour résumer d'un seul mot, parce qu'elles sont « cruciales » (2).

1. Le droit de la compliance, élaboration de « buts monumentaux » par les autorités publiques de régulation

Le droit de la régulation, par définition, met sa normativité dans ses buts. C'est pourquoi il est à la fois « pragmatique », en ce que les règles, les décisions, les pouvoirs, etc. ne sont que des instruments pour satisfaire les buts, considération imprégnant les méthodes (raisonnement téléologique, principe de proportionnalité, notion d'« effet utile », etc.), et « dogmatique » : les buts sont des principes.

Les principes du droit de la régulation peuvent être divers. Il peut s'agir de l'ouverture effective d'une économie à la concurrence, notamment s'il s'agit d'un droit de la régulation transitoire comme dans les télécommunications ou le ferroviaire concernant les rapports entre compétiteurs anciens et nouveaux. Il peut s'agir, et c'est le plus souvent le cas, de prise en compte d'infrastructures essentielles et de soucis des risques, qu'il s'agisse de les prévenir ou de les gérer. Toute l'Union bancaire est construite sur ce principe de régulation, gouvernée par ce but, clairement et nettement formulé.

Les autorités publiques posent des buts de plus en plus ambitieux. L'ampleur de cette ambition se déploie dans deux sens. En premier lieu, il ne s'agit

plus seulement d'ambitions économiques, mais aussi d'ambition éthique. Par exemple, lutter contre la corruption, non seulement parce qu'elle abîme les économies, mais encore parce que c'est mal. Ou encore lutter contre le terrorisme international, contre le travail des enfants, contre la vente des êtres humains, ou pour la préservation de la planète, la découverte scientifique ou l'éducation. Parce que c'est bien. En second lieu, il peut s'agir d'ambitions non plus seulement dans le seul ressort des frontières de l'État, non plus seulement dans la seule portée d'une convention internationale, mais pour le monde entier.

S'il doit y avoir un droit global, global en raison même de ses buts, ce sont les autorités publiques de régulation qui, par cercles concentriques, à partir du but d'éradiquer les abus de marché, la corruption, les trafics d'influence, sont légitimes pour viser des buts plus altruistes, prétendre les établir effectivement.

Pour cela et à cause de cela, le droit de la régulation est en train de se transformer en droit de la compliance.

2. Le droit de la compliance, internalisation dans les « opérateurs cruciaux » de la mise en œuvre effective des buts monumentaux, produisant une inversion du temps

Les autorités de régulation, et en premier lieu les autorités américaines de régulation financière, ont fixé le but : la lutte contre la corruption. La lutte contre le blanchiment d'argent s'y rattache. Le but n'est pas nouveau. L'absence de satisfaction dans son atteinte non plus. Le peu de ce succès tient dans deux éléments : les faits à combattre sont cachés d'une façon profonde (« loi du silence », connivence, crainte des victimes) et sont diffus (réseaux à multiples ramifications, phénomène de « fourmis »), l'asymétrie d'information étant plus forte qu'à propos des autres criminalités, pareillement organisée. En outre, le fait excède les frontières de l'État, ce qui rend les autorités de poursuites moins aptes, de droit et de fait.

En raison de l'importance du but, car les comportements visés sont graves et l'ambition est forte, une décision de nature politique a été prise, qui change radicalement le droit : l'assujetti devient l'agent de légalité. L'assujetti est assigné en raison de sa position et de sa puissance : c'est l'entreprise qui détient l'information, quand bien même cette entreprise serait extérieure au souci du but monumental visé par l'autorité publique. Qu'elle le veuille ou non, elle acquiert « l'aptitude pénale ».

Cette conception pragmatique a fondé le droit de la compliance dès l'origine, aux États-Unis après la première crise financière. L'aptitude pénale est conférée non pas parce que le sujet est « apte à commettre l'acte dangereux » (par exemple le terrorisme, le trafic de drogue ou d'organes) mais parce qu'il est apte à fournir les moyens de les prévenir. Le droit répressif quitte l'*ex post* pour internaliser dans l'organisation et le fonctionnement de certaines entreprises – au départ les entreprises financières – des obli-

gations structurelles (*reporting*, par exemple) pour que ces buts d'intérêts publics soient atteints.

Ainsi, parce que les entreprises sont en « situation », sont en « position », parce qu'elles tiennent les informations, parce que sans elles les flux financiers ne se feraient pas, parce qu'elles sont des « opérateurs cruciaux », elles deviennent des « opérateurs de service public mondial ».

L'effet heureux de cette internalisation des buts de la régulation dans le droit de la compliance est d'inverser le temps.

En effet, il est légitime de caractériser le droit de la régulation par son ancrage dans l'*ex ante*, notamment en ce qu'il se distingue du droit de la concurrence, ancré dans l'*ex post*, les sanctions outils nécessaires pourtant du droit de la régulation n'étant que la marque du souci premier d'effectivité de cette branche du droit. Mais le droit de la compliance, en ce qu'il consiste à punir par avance les opérateurs qui n'ont pourtant encore rien fait, ce qui heurte à première vue le droit pénal, inverse le temps et place l'*ex post* de la répression dans l'*ex ante*. Ce qu'il convient de désigner comme une « méthode régressive », pouvant par ailleurs être critiquée si elle n'est pas tenue et limitée par une stricte considération des buts, marque déjà du droit de la régulation qui la transmet logiquement au droit de la compliance, son prolongement.

Dans le même temps que le droit de la compliance consiste à internaliser le droit de la régulation dans les entreprises en « position » de rendre mondialement effectif celui-ci, le droit de la compliance assure cette effectivité en contrôlant la mise en œuvre : il instaure en même temps la supervision de ces entreprises cruciales par les autorités de régulation. C'est ainsi qu'un nouveau *continuum* révolutionnaire s'est mis en place entre *régulation*, *supervision*, *compliance*.

Le droit de la compliance les met alors sous surveillance en *ex ante* et les sanctionne en *ex post*, s'il s'avère que ce nouveau rôle d'agent de la réalisation d'un droit de la régulation n'est pas effectif concernant telle ou telle entreprise, dans tel ou tel cas.

Il peut certes y avoir des points de contact entre les obligations de compliance et l'activité économique de l'entreprise nouvellement assujettie, par exemple lorsque les obligations de compliance d'une banque concernent la lutte contre le blanchiment d'argent. Mais il peut ne pas y en avoir et il n'y en a pas lorsqu'il s'agit de lutter contre les violences faites aux enfants. Pourtant l'internalisation sera opérée de la même façon.

L'on mesure ici que le droit a été transformé. Transformé par ce continuum « régulation, supervision, compliance ». L'on peut comprendre que cette transformation soit difficile à admettre pour des entreprises qui n'entendent pas « sauver le monde ». Cela serait effectivement inadmissible si elles ne jouaient pas de rôle dans le monde.

Mais les entreprises à portée internationale jouent un tel rôle et acquièrent alors un statut et un rôle que les entreprises régulées n'avaient même pas eus. Cela est particulièrement net à propos de la supervision.

B. LES TECHNIQUES JURIDIQUES DE SUPERVISION, SORTIES DES GONDS DES SECTEURS SUPERVISÉS ET RÉGULÉS

En effet, les techniques de supervision, qui permettent aux autorités de regarder en transparence les opérateurs, d'entrer dans les entreprises mêmes, sont si violentes, pulvérisant la distinction de base entre l'interne et l'externe, distinction entre l'entreprise (comme groupement autonome) et le secteur (par nature extérieur à l'entreprise qui opère sur celui-ci), qu'elles étaient réservées à quelques secteurs très particuliers. Mais cela, c'était le « monde d'hier » (1). Le droit de la compliance, parce que celui-ci pulvérise cette *summa divisio* entre l'intérieur et l'externe, ce qu'avait déjà entamé le droit de la régulation bancaire et financière, en « internalisant » tout le dispositif au cœur des entreprises, importe dans le droit général des entreprises le mécanisme de la supervision. Or, les entreprises devenant transparentes et accueillant dans leur gouvernance le régulateur, plus encore par le « lanceur d'alerte », organisant des ponts entre leur organisation interne et celui-ci, appartiennent à des secteurs non supervisés, non pas même nécessairement régulés. Le champ du « monde de demain » devient donc immense (2).

1. Le monde d'hier : la supervision, un champ plus étroit que la régulation

Le droit de la supervision se distingue classiquement du droit de la régulation. En effet, le droit de la régulation a pour objet les structures des marchés et les comportements des opérateurs qui y développent leurs activités, mais la règle classique du droit des marchés selon laquelle les entreprises demeurent des « boîtes noires » demeure. Ainsi, c'est parce qu'une concentration peut affecter la structure des marchés que la technique de régulation du contrôle des concentrations s'opère, tandis que les techniques de gouvernance, notamment la gestion des conflits d'intérêts, relèvent davantage du droit des sociétés, que l'on n'intègre pas classiquement dans le droit de la régulation.

Il est vrai que le droit de la régulation financière et bancaire a attaqué cette frontière entre le dedans et le dehors en se souciant de la solidité des acteurs, le droit de la supervision, connecté aux mécanismes prudentiels, s'articulant avec la régulation des secteurs. En effet, parce que ces droits de la régulation ont, comme l'Union bancaire, pour finalité la prévention des risques systémiques et la gestion des crises systémiques – notamment par les processus de résolution –, il y a un *continuum* entre la régulation des secteurs et la supervision des opérateurs systémiques.

Même si dans ces secteurs, les droits de la régulation (du secteur) et de la supervision (des opérateurs) s'articulent, justifiant notamment des fusions ou des interrégulations entre les institutions publiques, parce que les procédures de prise de décision, les organisations internes, les profils des dirigeants, etc., ont des répercussions en chaîne sur les secteurs eux-mêmes, ceux-ci étant les sous-jacents de l'économie générale, il demeure que jusqu'à peu, le droit de la

supervision, même ainsi rapproché, voire connecté, au droit de la régulation, ne s'exerçait qu'en matière bancaire et financière.

L'on peut certes en retrouver des dispositions analogues, c'est-à-dire avec une présence de l'autorité publique à l'intérieur même de l'entreprise, dans les fonctions ou dans une surveillance directe de la gouvernance ou des décisions, ou dans le capital, ou dans un pouvoir de substitution des décisions ou des décideurs, à travers le mécanisme si classique – et si décrié – de tutelle des entreprises publiques par le gouvernement, mis en place dans le droit traditionnel sur les grands opérateurs publics en matière nucléaire par exemple, ou sur les gestionnaires d'infrastructure essentielle.

Cette puissance publique, naguère si critiquée, non seulement va être reprise, en *ex ante* et en *ex post*, la résolution bancaire étant un exemple de cette puissance publique qui au nom de l'intérêt général et de l'ordre public de système frappe l'opérateur et dispose de lui avec toute la violence du droit, mais va être généralisée par le droit de la compliance, sur lequel se pave le monde de demain.

2. Le monde de demain : la supervision, un champ plus vaste que la régulation, car instrument premier du droit de la compliance

Le droit de la compliance est, comme le droit de la régulation qu'il prolonge, de nature téléologique. Il assigne à l'opérateur crucial des objectifs, lui impose de se structurer pour les satisfaire, cette obligation de structuration étant une obligation de résultat sanctionnée pénalement avec une portée mondiale.

L'opérateur visé devient celui qui doit récolter l'information pertinente, celle dont l'autorité publique a besoin pour satisfaire le but monumental dont celle-ci juge l'effectivité nécessaire. L'opérateur devra conserver l'information (procédure du « *reporting* »), extraire l'information (méthode « connais ton client ») et se frapper lui-même (mécanisme du « lanceur d'alerte » qui en reporte au manager aussi bien qu'à l'autorité publique, voire avant celle-ci).

L'opérateur doit se dénoncer lui-même et se punir lui-même : la protection du lanceur d'alerte contre son employeur n'est pas une modalité du statut de celui-ci, c'est son statut même.

Le régulateur devient alors spectateur des diligences mondiales que l'opérateur, en tant qu'il est le détenteur mondial des informations mondiales pertinentes, doit se mettre en mesure de faire. Le rôle du régulateur évolue : il ne fait plus, il regarde faire, il contrôle que cela est fait, il reçoit les preuves que cela a été fait, que cela est fait, que cela sera fait, en permanence.

Pourquoi pas.

C'est une révolution totale du droit, aussi bien dans les systèmes de *Common Law* que dans les systèmes de *Civil Law*. Cela serait sous-estimer la révolution que constitue la mise en place du droit de la compliance que de qualifier celui-ci de simple victoire du *Common Law* sur le *Civil Law*. C'est beaucoup plus : certaines entreprises sont transformées, de

par leurs « positions cruciales », en agents premiers et mondiaux d'une légalité mondiale.

Cela ne constitue pas une victoire des droits de *Common Law*. Le système de *Common Law* repose sur la liberté des opérateurs qui répondent en *ex post* de l'usage qu'ils ont fait de leur liberté de principe, ce qui ne correspond pas au carcan du droit de la compliance. Le droit de *Civil Law* n'y correspond pas davantage. Il repose en effet sur la soumission des opérateurs qui se plient en *ex ante* à une règle exogène sans participer à sa mise en œuvre, l'assujettissement ayant l'avantage de la distance entre la norme et celui qui lui obéit.

Le droit de la compliance est donc nouveau. Il est l'expression et le socle d'un droit nouveau qui va se construire. Un droit nouveau permettant à des autorités publiques, principalement financières et dotées de pouvoirs de sanctions exercés d'une façon extraterritoriale dans un droit répressif à la fois préventif et structurel, de plonger à l'intérieur de toutes les entreprises ayant une activité internationale et ayant un contact avec des personnes, des territoires, des activités ou des objets croisant l'un des buts monumentaux précités.

Autant dire que le droit de la compliance peut être la nouvelle façon de régner sur le monde... En cela, il n'est pas forcément à encourager, car le droit n'est pas fait pour redoubler les forces. Mais il peut aussi être une façon pour que le monde soit un peu meilleur qu'il n'est comme seul champ de force, ce qu'exprime la notion de « service public mondial ».

Ce qui va être dépend de ce qu'en feront les États et les entreprises concernées.

C. L'ALTERNATIVE DE L'AFFRONTMENT OU D'UN PACTE DE CONFIANCE

En effet, ce prolongement bouleversant du droit de la régulation en ce droit de la compliance présente de nombreux risques d'affrontements (1), qui pourraient justifier qu'on se défende contre sa mise en place. Mais l'on peut aussi tirer profit de ce droit de la compliance en construction si on le prend comme base d'un « pacte de confiance » entre les régulateurs et les « opérateurs cruciaux ». C'est ici et maintenant qu'il faut le décider. En Europe (2).

1. Les risques multiples d'affrontements entre entreprises et régulateurs, entre États-Unis et Europe

Le premier risque est dans l'affrontement entre les entreprises et les régulateurs, les seconds sanctionnant très lourdement les premières, les premières ne comprenant pas pourquoi, y voyant de la persécution ou, au pire, un racket organisé.

Cette incompréhension entre les entreprises et les autorités publiques est le risque majeur de ce que sera le mécanisme du lanceur d'alerte, élément essentiel du succès de la compliance, qui peut être analysé soit comme une

exploitation par un individu d'un pouvoir pour se venger ou gagner de l'argent dans un litige personnel, soit comme un mécanisme au profit de l'entreprise qui reçoit ainsi une information sur un dysfonctionnement interne qu'elle ignorait. La loi dite « Sapin II » a essayé, par la définition même du « lanceur d'alerte », de conduire à la seconde acception, en privant de protection l'individu qui abuse de ce pouvoir.

Éviter ce risque est un enjeu majeur pour que la compliance puisse non seulement ne pas entamer la confiance, premier capital de l'économie, mais encore l'accroître.

Le deuxième risque relève lui aussi de l'incompréhension. Ce risque est de ne pas comprendre que la compliance consiste à ne saisir les entreprises qu'en tant qu'agents d'effectivité de buts monumentaux, dont la poursuite dépend concrètement des États eux-mêmes, et à ne les saisir que dans cette perspective-là. Cette seule perspective a pour conséquence technique majeure de limiter le cercle des sujets de droit aux seules « entreprises cruciales » : entreprises de dimension internationale, de taille importante, de structure pouvant endosser une telle charge et une telle responsabilité.

Or, à lire certaines affirmations, dans les travaux préparatoires notamment de la loi Sapin II, parce que le droit de la compliance pourrait renvoyer dans certaines définitions à l'obligation très générale d'un sujet de droit à « se conformer au droit », toutes les entreprises y seraient soumises, y compris celles qui n'ont pas d'activité internationale, y compris celles qui sont de petite taille. Il est vrai que dans la lettre de la loi Sapin II, la distinction entre grandes et petites entreprises, entre entreprises locales et entreprises à activité internationale, n'est pas faite. Mais cela n'aurait aucun sens d'imposer aux petites entreprises sans activité internationale une charge qui n'a pas d'objet, alors que cela implique pour l'entreprise concernée un poids, financier et d'organisation, important. Il conviendrait de ne pas renouveler l'erreur qui a été faite pour les normes comptables, issues pour les entreprises exposées au marché financier et désormais appliquées à toutes.

Le troisième risque est celui d'un affrontement entre l'Europe et les États-Unis. Le droit de la compliance est d'origine américaine et l'Europe l'a sans doute découvert à travers des condamnations douloureuses, par exemple cette sorte de condamnation consentie qu'a été le *settlement* de 2014 infligé à BNPP. L'entrée en scène du droit de la compliance le fut avec trompettes, tambours et mousquetons. Le Royaume-Uni développe une même impression presque paranoïaque de processus injustifié, permettant aux autorités publiques américaines de demander des pénalités pour un montant fixé à leur guise, dont le versement leur est directement profitable. L'impression est la même en Allemagne. Il en ressort une impression d'un affrontement politique, dont le droit ne serait que le masque.

Pourtant, comme le droit de la régulation, le droit de la compliance peut être tout autre chose, car les entreprises ne gagnent rien à s'épuiser contre les régulateurs, comme l'Europe n'a pas d'avenir à s'épuiser contre les États-Unis.

2. Les profits multiples d'un pacte de confiance, à construire

En effet, les entreprises ont tout à gagner à mieux savoir ce qui se passe chez elles, et plus elles sont grandes, moins elles le savent. L'expérience montre que l'alerte profite d'abord à l'entreprise elle-même. De la même façon, ceux qu'il convient d'appeler les « professionnels fiduciaires » ont un rôle essentiel à jouer dans cette perspective, notamment les professionnels libéraux ou les officiels ministériels qui, eux aussi, se détachent d'un rapport historique à l'État, pour se rattacher à une architecture professionnelle de régulation et de compliance.

Plus les entreprises aident les régulateurs à atteindre leurs buts, plus elles y gagnent. Tout d'abord parce que beaucoup sont communs, notamment la lutte contre les abus de marché. Même si l'on va vers la notion de service public et d'intérêt général, le rapport fait sur la notion de « service public » par le très classique Renaud Denoix de Saint-Marc avait montré qu'un opérateur privé est apte à mener des missions de service public et à avoir souci de celui-ci. Par le droit de la compliance, c'est donc le droit classique qui est à l'honneur.

Plus encore, des entreprises peuvent directement endosser des soucis qui dépassent le court terme, la « responsabilité sociétale des entreprises » ne pouvant être accréditée comme souci effectif que par l'extérieur.

Ce regard et ce crédit extérieurs sont conférés par le régulateur, c'est-à-dire la pièce maîtresse du droit de la régulation. Ainsi, le droit de la régulation vient à son tour conforter et prolonger le droit de la compliance.

Peut alors se mettre en place un cercle vertueux, sur lequel peut se construire un droit européen de la compliance. Il est essentiel de construire celui-ci. Celui-ci ne sera efficace sans un tel « pacte de confiance » entre les entreprises qui sont des « opérateurs cruciaux », les autorités de régulation et les juridictions européennes.