

■ Le « jugeant-jugé ». ■

Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Agrégée des Facultés de Droit.

Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

1. **Sous l'amas des réglementations et des difficultés techniques, garder sauvées les bases pour que les systèmes démocratiques perdurent.** Pour comprendre la situation des entreprises qui, du fait du droit de la compliance, doivent poursuivre et juger les personnes physiques et morales qui sont en charge d'exécuter les prescriptions des réglementations, il faut réajuster ce que l'on observe et la façon dont cela est nommé, soit dans les textes, soit dans la pratique des entreprises elles-mêmes. Les entreprises mènent ces actions de poursuite et de jugement par de multiples moyens, comme les enquêtes internes, par diverses structures, notamment des sortes de tribunaux qui examinent des faits imputables à des personnes travaillant dans l'entreprise mais également à des personnes externes à celle-ci, au regard de normes exogènes à l'entreprise mais aussi édictées par celle-ci.

La palette de mots qui est utilisée peut être juste, lorsque les mots correspondent à ce qui se fait², par exemple lorsque celui qui juge est appelé juge.

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements techniques supplémentaires, de références techniques et de liens hypertextes, disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/le-jugeant-juge-le-pourchassant-pourchasse-le-scrul>

2. La relation que l'être humain entretient avec le monde par le mécanisme du langage est l'objet d'un immense corpus philosophique, sociologique et littéraire, ne serait-ce que parce que le *logos* est lui-même souvent assimilé à la raison même. Pour une perspective plus restreinte, le vocabulaire ici retenu renvoie à l'ouvrage de Michel Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, coll. « Sciences humaines », 1966. L'on se référera plus encore à la leçon inaugurale de cet auteur au Collège de France, en 1970, *L'ordre du discours*, Gallimard, coll. « blanche », 1971, par laquelle il soutient que la science

Le rapport cesse d'être juste si les mots sont **au-delà**, par exemple lorsque celui qui est appelé « juge » ne juge guère et que l'office juridictionnel, qui serait requis, n'est donc pas en réalité assuré, ce vide passant inaperçu par un vocabulaire utilisé par surplus. Le rapport cesse également d'être juste si les mots sont **au-deçà**, par exemple lorsque celui qui poursuit n'est pourtant pas désigné comme tel et se soustrait alors au régime attaché à ce pouvoir.

Pour que les mots et les choses soient ajustés, pour que ce rapport soit juste, il faut garder à l'esprit trois éléments dont il ne faut pas dévier. Sauf à changer de système juridique, fondé sur l'État de droit.

2. Trois repères que le droit de la compliance pourrait compromettre ou au contraire promouvoir : le Droit, le juge et la procédure. Or l'accumulation des textes, durs et souples, la rapidité avec laquelle des cas divers se présentent et doivent être résolus, font disparaître les 3 repères et leur simplicité, l'habileté juridique se concentrant surtout sur l'alinéa des dernières lignes directrices émises ou sur la dispute la plus récente portée devant un tribunal et relayée par les médias. Ces principes, presque oubliés, c'est pourtant en partant d'eux que les solutions concrètes et pratiques doivent être trouvées, d'une part parce que cela permet de donner cohérence à tout ce fatras³ et de prévoir les textes et solutions prochains, et d'autre part par attachement à l'État de droit⁴. Perdre de vue ces 3 principes est l'un des plus grands dangers courus par nos systèmes démocratiques, le droit de la compliance devant y parer, alors même qu'on accuse souvent les techniques de compliance de contribuer à leur perte, notamment par la place qu'y prend l'intelligence artificielle et la fonction assurée par les entreprises privées, qui poursuivent, jugent et sanctionnent. Cela n'est pourtant pas le cas dès l'instant qu'on garde toujours à l'esprit ces 3 éléments pour faire fonctionner les mécanismes de compliance lorsque les entreprises poursuivent et jugent.

veut corrélér les mots et les choses car elle recherche la vérité tandis que le Droit, allié au politique pour gouverner la cité, ne vise pas cela. La dimension historique de l'ensemble de ces travaux est parfois masquée par une lecture excessivement sociologique. Pour la difficulté à saisir la diversité du réel à partir de l'abstraction des mots, v. not. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ-Lextenso, 2013. Pour le lien entre le Droit et les actes de langage, v. ci-après n° 4.

3. Notamment au regard de l'objet central en pratique que sont les obligations probatoires : M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », *in* cet ouvrage.

4. Dans cette perspective, 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* cet ouvrage.

PRÉALABLE. GARDER À L'ESPRIT TROIS PRINCIPES POUR LA MISE EN ŒUVRE DU RÉGIME JURIDIQUE ADÉQUAT AU JUGEANT-JUGÉ

3. **Le Droit ; le juge et la procédure ; la personnalité morale et l'entreprise.** Le premier élément est relatif à ce que sont le Droit et la nécessité de conserver le principe même du Droit dans la machinerie de la compliance. Cela a des effets directs en pratique⁵, en ce que les techniques de compliance tendent à prendre la forme de technologies dans lesquelles le Droit paraît avoir si peu de place⁶. Le principe suivant prend la forme du couple constitué par l'office du juge et la procédure. Même si la pratique de la poursuite et du jugement par l'entreprise elle-même peut expliquer, voire justifier, bien des aménagements, il ne peut y avoir de dénaturation par une trop forte distorsion entre l'activité menée par l'entreprise et les mots par lesquels cette activité est désignée, car c'est encore de l'État de droit dont il s'agit, sauf à changer de système juridique et politique. Le dernier principe est celui de la personnalité morale dans son rapport avec l'entreprise. L'on est alors davantage à front renversé, car le droit économique a plutôt remplacé la personne morale par l'entreprise et le droit de la compliance vient aussi dans ce sens, mais c'est encore la personne morale qui permet de distinguer le « jugeant » et le « jugé ». Peut-on supporter un tel artifice ? Comment peut-on le supporter ?

4. **Dans l'examen des techniques de compliance instituant l'entreprise juge et procureur d'elle-même, garder à l'esprit en premier lieu la définition du Droit, pour que ces techniques de compliance n'évacuent pas le Droit dans son rapport à la réalité.** Le premier élément à garder à l'esprit est la définition du Droit lui-même. Dans un État de droit, c'est le Droit qui dispose des mots et fait le lien entre les mots et les activités, ce ne sont pas les personnes qui, discrétionnairement, auraient le pouvoir de dire par exemple « je suis juge » et d'imposer définitivement cela *erga omnes*, pas plus qu'elles n'auraient le pouvoir de dire « je ne suis pas juge ». Même si le système juridique est un système de langage⁷, créant une nouvelle réalité dans la réalité, cela ne signifie pas que la réalité sur laquelle le Droit s'inscrit n'existe pas ou plus et qu'il puisse disposer de celle-ci entièrement. Seuls les systèmes totalitaires peuvent, sur les photos, effacer les visages de ceux qui désormais déplaisent. Dans les États de Droit, ni l'État ni les sujets ne peuvent tout

5. M.-A. Frison-Roche, « Fonder le droit de la compliance », *Revue de l'ACE*, n° spéc. *La compliance*, n°157, sept. 2022, p. 17-31.

6. Sur le rapport entre le droit de la compliance et ce qu'il est convenu de désigner comme l'intelligence artificielle, M.-A. Frison-Roche, « La place de l'intelligence artificielle dans la compliance dans l'entreprise : la juste mesure », in *Cour de cassation, L'intelligence artificielle et la gestion des entreprises*, 1^{er} juillet 2022.

7. V. not. A. Suptot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, 2005 ; P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.

effacer de la réalité sur laquelle ils ajoutent les mots qu'ils y impriment. Ainsi même s'ils peuvent, à certaines conditions, instituer « autorité de poursuite » et « juge » des personnes qui n'en avaient pas jusqu'ici la dénomination, voire s'instituer eux-mêmes tribunal, ils ne peuvent pas toujours le faire et ne peuvent pas se soustraire au régime juridique que l'activité de poursuivre et de juger déclenche, notamment par la protection que le pouvoir de juger autrui justifie⁸. En effet, ce que les entreprises ne doivent pas pouvoir nier, c'est leur pouvoir, premier constat les menant à en rendre compte⁹, et à se soumettre à des formes et à des limites. Le droit de la compliance, en ce qu'il s'appuie sur la puissance des entreprises, comme un fait et comme un outil¹⁰, y attache aussi le régime qui est naturellement lié à l'exercice d'un pouvoir dans un État de droit¹¹.

Pour cela, le Droit, par les jurisprudences, redonne aux choses les mots qui respectent celles-ci, en appelant notamment « juge » celui qui juge, « autorité de poursuite » celui qui poursuit. Cette tautologie entre la réalité et le Droit est parfois ce qui est le plus difficile à repérer, à opérer, à imposer, permettant pourtant que l'ordre juridique soit supportable et durable¹². Certes, encore faut-il déterminer ce qu'est juger. Mais c'est déjà entrer dans les couples de principes suivants, car c'est lorsqu'est repéré un « office du juge » qu'un juge est découvert, et que des principes de procédure sont alors attachés, par un effet de nature, à sa façon de faire.

5. Dans l'examen des techniques de compliance instituant l'entreprise juge et procureur d'elle-même, garder à l'esprit en deuxième lieu les principes gouvernant l'office du juge et la procédure, pour que ces techniques de compliance n'évacuent pas la justice. À partir de là, vient donc ce qui fait couple : le juge et la procédure. Ce n'est que par un effet d'optique que la procédure précède l'entrée en scène du juge, même dans le procès civil accusatoire qui demeure gouverné par le principe dispositif, même si la procédure ne parvient pas jusqu'au jugement, par une médiation par exemple, et même si le jugement est un acte intellectuellement distinct de la procédure qui l'a précédé : la procédure, qu'on la définisse comme un ensemble objectif de principes et de mécanismes ou qu'on la définisse comme un ensemble de droits subjectifs processuels, est là parce qu'est en perspective le jugement.

8. V. ci-après n° 5.

9. Dans ce sens et d'une façon plus générale, A. Supiot (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Le Seuil, 2015.

10. M.-A. Frison-Roche, « Concevoir le pouvoir », in *The System of International Arbitration – Liber Amicorum Emmanuel Gaillard*, 2023.

11. V. ci-après et M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », in cet ouvrage.

12. « Il faut que la mère soit appelée mère, que le fils soit appelé fils. » Sur cette conception confucéenne de l'ordre. V. dans *Entretiens de Confucius avec ses disciples* (XVV.11, avec le duc Jing) : « À chacun son rôle : que le souverain soit le souverain, le sujet un sujet, le père un père, et le fils un fils. »

Cette indissociabilité entre procédure et jugement paraît aller de soi¹³, du fait que ce n'est que parce qu'il y a perspective d'un jugement qu'il y a procédure. Mais en dehors du fait que bien des outils de compliance visent à éviter l'intervention du juge¹⁴, la confusion entre les mots et la mécanisation de la compliance ont conduit à mettre en place des *process* que l'on nomme bien souvent « procédures », qui n'ont pourtant rien à voir avec ce qui définit la procédure en Droit. Car si la procédure est effectivement une « façon de faire¹⁵ », tout *process* ne se hisse pas à la notion juridique de procédure.

Or, en premier lieu, **procédure et office du juge font bloc**. Même lorsque la procédure s'interrompt par exemple par une médiation, celle-ci s'opère sous le contrôle du juge et celui-ci est toujours le maître de la procédure¹⁶. En second lieu, au cœur de tout dispositif procédural, demeure le principe de l'**impartialité**, car si celui qui recueille le bénéfice de cette façon de faire, à savoir le juge¹⁷, n'est pas impartial, alors la procédure perd sa pertinence même. Les conflits d'intérêts sont au cœur de la procédure. Ce point commun entre le droit de la compliance et la procédure, parce que l'entreprise est pensée au regard de l'office du juge, engendre des règles qui s'imposent quel que soit celui qui juge, y compris l'entreprise, le droit de la compliance excluant les conflits d'intérêts parce qu'elle est sujet du droit de la compliance comme le droit processuel exclut les conflits d'intérêts, l'entreprise étant instituée juge et procureur d'elle-même et des autres, quel que soit celui qui est jugé, y compris elle-même : lorsque c'est la même personne qui est « jugeant-jugé », l'éléphant est dans le magasin de porcelaine.

6. Dans l'examen des techniques de compliance instituant l'entreprise juge et procureur d'elle-même, garder à l'esprit en troisième lieu le principe de la personnalité morale, pour admettre au besoin son remplacement par la notion d'entreprise. La situation paraît pourtant requérir moins d'aménagements en ce qui concerne la personnalité morale. Après s'être souvent demandé si elle était réelle ou fictive, si sa nature était contractuelle ou institutionnelle, le droit économique a rendu son rapport avec l'entreprise

13. V. dans ce sens, sur la « façon de faire » comme élément de la « Justice », W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, éd. Autrement, coll. « Morales », 1994.

14. Sur les outils de la compliance comme moyen d'éviter le juge, notamment la convention judiciaire d'intérêt public, 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 », préc.

15. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 : la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, op. cit., p. 193-207.

16. Lorsque la procédure est inquisitoriale, caractéristique de la procédurale pénale et du contentieux administratif, c'est sa présence qui teinte alors la définition même de cette procédure. Dans la procédure civile, si « les parties conduisent l'instance » (art. 6 CPC), « le juge veille à son bon déroulement » (art. 3 CPC).

17. Si l'idée que le bénéficiaire de la procédure est avant le juge, v. par ex. J.-F. 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.

particulièrement translucide, par exemple le droit de la concurrence, le droit fiscal ou le droit du travail, le droit de la compliance y voyant le plus souvent comme un artifice, visant par exemple plus directement les bénéficiaires « effectifs¹⁸ », tandis que le nouvel outil de compliance qu'est le devoir de vigilance quitte ce mécanisme pour faire une nouvelle place à l'entreprise puissante dans les chaînes de valeur¹⁹. Dès lors, le masque de la personnalité morale est le plus souvent écarté et l'on se réjouit généralement du pragmatisme consistant à ne pas être entravé par l'artificialité de tant de personnes morales, autant d'écrans, voire de « coquilles vides », contre lesquelles le droit de la compliance lutte. Mais l'avantage se retourne, car s'il n'y a plus de personne morale distincte pour, dans une même unité économique et sociale, poursuivre et juger les filiales ou les mandataires sociaux, comment prendre de la distance ? Lorsque c'est la même personne qui interroge, en tant que représentant de la personne morale, et qui est interrogée, en tant que haut dirigeant, l'on se demande où est la caméra cachée et l'on se dit qu'il faudrait bien que la personne morale soit réelle.

La question procédurale de l'impartialité, laquelle se définit par la distance²⁰, revient alors en boomerang. Car si le droit de la compliance a pris congé de la personnalité morale, voilà qu'il en aurait tout à coup besoin lorsque l'entreprise devient procureur et juge d'elle-même. C'est alors une difficulté que l'on doit avoir à l'esprit pour la résoudre ou, à tout le moins, la gérer, car l'on ne sait comment dépasser le conflit d'intérêts structurel qui apparaît aux yeux de tous, étant acquis que là encore, c'est en termes d'impartialité que la résolution peut se faire et qu'il faudrait bien trouver un moyen d'être à la fois juge et partie si l'on se résout à ne pas croire à la réalité de la personne morale.

7. Convergence des trois principes vers l'impartialité, clé de voûte de l'admissibilité juridique de l'entreprise, procureur et juge d'elle-même. Il apparaît que toutes ces exigences et difficultés nouées autour de ces trois principes peuvent se résumer en un mot : l'impartialité. C'est d'ailleurs ce mot-là que la jurisprudence, aussi bien française qu'européenne, a brandi pour exiger que des organisations qui prétendaient ne pas être des tribunaux, puisqu'elles n'en avaient pas le titre, donnent pourtant, parce qu'elles en exerçaient l'office, à voir à tous leur impartialité objective. Cette affirmation est née du droit de la régulation. En ce qu'il se situe dans le prolongement du droit de la régulation²¹, le droit de la compliance ne peut que le reprendre dans les mêmes

18. M.-A. Frison-Roche, « Compliance et personnalité », *D.* 2019. Chron., p. 604-606.

19. B. Deffains, « L'enjeu économique de la compétitivité internationale de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022, p. 255-365.

20. M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999. 53-57.

21. Sur ce principe même, M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, JoRC et Dalloz,

Le « jugeant-jugé ». Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts

termes, en l'appliquant non plus à des autorités administratives mais à l'entreprise elle-même. La dissociation s'impose alors.

8. Contraindre et unifier les techniques de compliance à l'ombre tutélaire de ces trois principes. Dérouler les conséquences pratiques de ces trois principes, dont les deux premiers sont défendus par le droit de la compliance tandis que le troisième ne l'est pas, conduit d'une part à démasquer des entreprises qui jugeraient et poursuivraient d'autre part tout en prétendant ne pas le faire parce qu'on ne les nomme ni « juge » ni « procureur », afin de leur imposer d'agir dans les contraintes que le Droit impose aux juges et aux autorités de poursuites (I). Les entreprises ne peuvent échapper à cela et peut-être ne le veulent-elles pas, la gestion des conflits d'intérêts étant commune au droit processuel et au droit de la compliance, puisqu'elle exprime toujours le principe d'impartialité. Pour cela, il faut donc que le Droit lui-même permette à l'entreprise de mettre en place des structures et suscite des comportements pour qu'effectivement, efficacement et d'une façon efficiente son impartialité se donne à voir (II).

I. DÉMASQUER DES ENTREPRISES PRÉTENDANT NE PAS ÊTRE « PROCUREUR » OU « JUGE » POUR LES SOUMETTRE AU CARCAN PROCÉDURAL

9. Ne pas dissimuler le pouvoir des entreprises de poursuivre et de sanctionner elles-mêmes et les autres. Être « juge » ou « procureur » est donc une qualification qui oblige. Elle oblige négativement et positivement : négativement en ce qu'elle interdit à une entité qui juge ou poursuit de masquer cela sous d'autres mots, afin de ne pas être contrainte par le régime qui est associé à l'activité. On le conçoit d'autant plus pour l'entreprise que c'est le droit de la compliance qui le plus souvent lui impose de poursuivre puis de juger, l'entreprise n'ayant pas décidé de faire cela et cumulant ainsi des activités qu'elle n'a pas elle-même choisies (A). Mais le fait que le plus souvent l'entreprise n'ait pas choisi de poursuivre et de juger ne la délivre pas pour autant des qualifications que le droit processuel va déclencher, en ce qu'il appartient au même ordre juridique que le droit de la compliance²², ces qualifications organiques requises voyant dans l'entreprise le « procureur » puis le « juge » qu'elle est successivement (B), afin notamment de protéger

coll. « Régulations & Compliance », 2017, p. 1-14 ; « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D.* 2018. Chron., p. 1561-1563 ; pour une illustration de cela, S. Scemla et D. Paillet de Montabert, « La difficile appréhension des droits de la défense par les autorités de contrôle en matière de compliance », *in* cet ouvrage.

22. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance » et N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », *in* cet ouvrage.

les personnes qui sont l'objet des activités de poursuites et de jugements menées par l'entreprise, le fait que cela soit sur l'ordre des obligations légales de compliance étant indifférent.

A. LA CONFUSION DES RÔLES « IMPOSÉS » PAR LE DROIT EX ANTE DE LA COMPLIANCE

10. **La confusion née de la double source des poursuites et des sanctions opérées par les entreprises.** Beaucoup d'incertitudes viennent du fait que les *process* de compliance ont été imaginés et mis en place hors du Droit²³, et que, même si l'on admet la juridicité de la compliance, la juridictionnalité de beaucoup de ces mécanismes demeure peu dévoilée. Cela tient au droit de la compliance lui-même qui a pour finalité l'information et exige de la coopération, alors que, par exemple, le droit processuel pose les droits de la défense, qui reposent sur le secret, etc. En outre, l'entreprise peut se prévaloir du fait qu'elle n'est qu'un sujet contraint, puisque c'est bien sur ordre de la loi qu'elle exerce une série de tâches que le droit de la compliance ne qualifie pas lui-même d'activités de poursuite et de jugement (1). L'argument est sans doute moins fort lorsque ces activités sont menées de par la volonté propre de l'entreprise (2).

1. L'obligation légale des enquêtes à mener, des évaluations des risques, des redditions de comptes et des sanctions

11. **Des pouvoirs exercés sur ordre de la loi.** L'entreprise peut soutenir qu'elle se contente d'obéir aux prescriptions du législateur lui-même. Ce sont effectivement des lois qui obligent les entreprises à remplir leur obligation générale de compliance, à savoir détecter et prévenir les risques systémiques et utiliser leurs forces et leur position pour atteindre les « buts monumentaux » qui donnent substance et sens aux différents outils de la compliance, à demander à des personnes des informations et à leur demander des comptes.

C'est aussi pour prévenir les comportements qui nuisent aux systèmes économiques et sociaux que l'entreprise va sanctionner en utilisant son pouvoir disciplinaire ou en résiliant les contrats dans lesquels elle s'était engagée, par exemple, en interne, par des contrats de travail ou, en externe, par des contrats de distribution ou des contrats d'approvisionnement ou de sous-traitance, à l'égard de l'ensemble des personnes dont elle doit répondre au titre du droit de la compliance. L'entreprise qui rend des comptes au titre du droit de la compliance au regard de ses obligations de compliance et de ce que l'on attend d'elle en raison de sa puissance à concrétiser les buts

23. V. ci-avant n° 4.

Le « jugeant-jugé ». Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts

monumentaux que cette nouvelle branche du Droit vise²⁴, l'oblige à son tour à demander des comptes aux personnes dont elle doit elle-même répondre, en interne et en externe.

12. **Obéir et faire obéir.** C'est donc du fait des traités, lois et règlements, le plus souvent d'ordre public, parfois lois de police, que l'entreprise est obligée d'être non seulement tantôt en train de se poursuivre, voire de se sanctionner elle-même, mais encore de poursuivre et sanctionner autrui. Elle y est obligée par un droit de la compliance qui, lui-même, prend la forme de législations qui attachent à leur méconnaissance des sanctions pénales, la loi française dite « Sapin 2 » (2016), n'étant qu'un exemple de cela, le Conseil constitutionnel ayant déclaré en 2017 la loi dite « Vigilance » contraire à la Constitution, en ce que l'entreprise pouvait non seulement être déclarée responsable civile mais encore être sanctionnée dans sa mise en œuvre de son devoir légal de vigilance²⁵.

2. La part d'obligations imposées de l'extérieur et la part d'expression de volonté propre à l'opérateur économique « responsable »

13. **La volonté de l'entreprise, source d'obligation de compliance et des pouvoirs corrélés.** Mais ces activités par lesquelles l'entreprise demande des comptes à ses collaborateurs internes et externes peuvent ne pas résulter que des réglementations exogènes, mais aussi de la volonté du groupe de personnes que constitue l'entreprise. En effet, la montée en puissance de la *raison d'être* a montré que l'entreprise non seulement doit « prendre en considération » les intérêts sociaux et environnementaux mais peut choisir de prendre en charge de tels intérêts, en les élargissant par exemple à l'intérêt climatique²⁶, parce que c'est ce qu'elle veut, l'adoption de la forme statutaire d'« entreprise à mission » cristallisant dans le marbre du droit des sociétés cette volonté, qui joute alors le droit de la compliance²⁷.

14. **L'incidence des points de contact entre la raison d'être et le droit de la compliance.** L'entreprise se revendique alors elle-même comme « responsable », c'est-à-dire comme mettant volontairement à sa charge des obligations pour satisfaire des intérêts collectifs²⁸. La loi Pacte a de nombreux

24. M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance », *D.* 2022. Chron., p. 621-623.

25. Décision du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017, n° 2017-750.

26. M.-A. Frison-Roche, « Compliance et climat pour prévenir le risque et construire l'équilibre climatique », in M. Torre-Schaub, B. Lormeteau et A. Stevignon (dir.), *Les risques climatiques à l'épreuve du droit. Comment le droit fait-il face aux nouveaux risques engendrés par la crise climatique ?*, Mare & Martin, 2022.

27. A.-V. Le Fur, « Intérêt et raison d'être de l'entreprise : quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance, op. cit.*, p. 55-67.

28. Rapport dit « Notat-Senard », *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, ayant servi de base à la loi pour la croissance et la transformation des entreprises, dite « Pacte », du 22 mai 2019.

points de contact avec le droit de la compliance, puisqu'il s'agit de développer une responsabilité *ex ante* au regard d'enjeux le plus souvent globaux. Cette dimension *ex ante* réunit le droit des sociétés, le droit de la compliance et le droit du travail, l'entreprise étant au cœur d'une conception qui la réarticule à la fois dans la définition de ce qu'est une société, à travers une réécriture des articles 1832 et suivants du Code civil, et ce qu'est une entreprise dans une économie de marchés concurrentiels. Dans une telle conception *ex ante*, le droit processuel n'a pas immédiatement de porte d'entrée, celui-ci intervenant davantage dans le cadre des litiges portés devant une juridiction lorsqu'il est fait reproche à une entreprise de n'avoir pas correctement exécuté ses obligations de compliance, ce qui est un tout autre sujet²⁹.

C'est donc en *ex post* que le juge va intervenir pour apposer des mots processuels sur la façon dont l'entreprise, à l'ordinaire et pour l'exécution de ses obligations de compliance, se comporte en « procureur » et en « juge », mettant ainsi à nu la difficulté que ce cumul de qualités engendre.

B. LE POUVOIR *EX POST* DE LA QUALIFICATION PAR LES JURIDICTIONS

15. **Art pratique des qualifications.** Le juge a l'apanage de l'apposition des mots sur les choses, c'est-à-dire la qualification (1), plaçant le droit de la compliance dans le prolongement du droit de la régulation (2).

1. L'apanage du juge dans la qualification, contrôle du rapport entre les mots et les choses

16. **La qualification, art du juge.** La qualification est l'opération intellectuelle qui caractérise l'art juridique puisqu'elle consiste pour le juge d'une façon définitive, quoi qu'en aient dit les parties, voire le législateur, à réajuster les mots et la réalité, en faisant entrer les situations dans la catégorie juridique qui leur correspond. La qualification est non seulement l'apanage du juge, en ce sens que nul ne peut le défaire de ce pouvoir, sauf pour les faits sur lesquels les parties exercent un tel pouvoir de disposition qu'ils peuvent les soustraire au système probatoire par lequel les faits entrent à la connaissance du juge³⁰.

17. **Nommer « juge » le « juge » ; nommer « procureur » celui qui poursuit.** Or, lorsqu'une entreprise procède à une enquête interne en demandant des informations, elle agit comme un procureur, ou lorsqu'elle procède à une enquête chez un de ses partenaires économiques, dans la perspective d'en

29. Sur cette perspective, lire le remarquable article de Nicolas Cayrol, « L'imprégnation des principes processuels dans le droit de la compliance », préc.

30. Sur le système probatoire, lui-même étroitement lié à l'effectivité, l'efficacité et l'efficience des obligations de compliance, voir par ailleurs M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », préc.

tirer des éléments probants parce qu'elle y aura détecté des éléments passés, présents ou futurs de manquements à des obligations de compliance, elle agit comme un procureur.

18. L'indifférence des sources dans la pertinence des qualifications. Que ce comportement prenne sa source dans des législations qui contraignent l'entreprise à détecter et à prévenir des comportements ou dans du droit souple, comme une charte qu'elle a elle-même émise, ou dans des stipulations contractuelles, n'interfère pas avec la seule chose qui va compter dans l'exercice de qualification dont le juge a la charge : la recherche des informations que l'entreprise fait et le possible usage qui en sera fait pour les personnes concernées par ces informations ainsi collectées dans des décisions ultérieures pouvant leur faire grief, qu'il s'agisse d'une rupture de contrat, d'une transmission à des autorités publiques, d'une sanction disciplinaire, etc. Parce qu'en agissant ainsi, même sur ordre du droit de la compliance, l'entreprise se comporte comme un procureur, apportant ces informations aux autorités publiques, et pouvant même par la suite tirer elle-même les conséquences des informations ainsi obtenues, c'est-à-dire jugeant.

Avant même d'examiner que l'entreprise est ainsi, sur ordre du droit de la compliance, *jugeant-jugé*, elle est d'ores et déjà *poursuivant-juge*, ce qui est une situation procédurale déjà traitée par le juge, puisque sa qualification est un pilier du droit de la régulation. Il suffira donc d'emprunter à celui-ci les solutions qui y furent dégagées.

2. L'insertion dans le modèle juridictionnel plaçant le droit de la compliance dans la continuité du droit de la régulation

19. L'efficacité du trait d'union entre droit de la régulation et droit de la compliance. C'est en quelque sorte la partie la plus aisée de la question, non pas en soi mais parce que la jurisprudence y a déjà été confrontée et y a déjà apporté la réponse. En effet, le droit de la compliance est le prolongement du droit de la régulation³¹ tout en dépassant celui-ci, puisqu'il ne requiert plus la condition préalable d'un secteur³², ce dont le devoir de vigilance, qui requiert la collecte de beaucoup d'informations, est exemplaire.

20. La transposition du droit processuel de la régulation. Le droit de la compliance étant donc le droit de la régulation délivré de la condition du secteur, les solutions du premier peuvent, voire doivent, être reprises dans le second. Or, l'État étant en conflit d'intérêts puisque les autorités administratives indépendantes, appartenant à celui-ci, rendant des décisions

31. M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », préc.

32. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », art. préc.

administratives, certes susceptibles de recours devant un juge, confiaient aux mêmes personnes le soin de rassembler les informations, d'apprécier le bon usage qu'il convient d'en faire, par exemple entrer en voie de sanction, puis d'apprécier les faits ainsi rassemblés pour sanctionner, le système se justifiant notamment par son efficacité.

21. La pertinence de la jurisprudence convergente sur les autorités de régulation et de supervision. L'on sait que par un arrêt *Oury* systématiquement retentissant, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 5 février 1999³³, a posé que le fait de rassembler des informations doit être qualifié comme une activité de poursuite et d'instruction, tandis que la sanction doit être qualifiée comme le prononcé d'une peine, la même personne ne pouvant être objectivement en charge de ces diverses fonctions, car celui qui a rassemblé les informations et formulé une opinion sur le fait qu'elles justifient la perspective d'une sanction, position qui constitue un « préjugé » objectif, ne peut ensuite participer à l'activité objective de jugement. Cette position jurisprudentielle, adoptée à propos de la Commission des opérations de Bourse, fut reprise, d'une part, à propos de toutes les autres autorités administratives indépendantes et, d'autre part, par toutes les autres juridictions, qu'il s'agisse du Conseil d'État, par l'arrêt *Didier* du 5 décembre 1999³⁴, ou de la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt *Dubus* du 11 juin 2009³⁵, ou par la Cour de justice de l'Union européenne par l'arrêt *Consob* du 5 février 2022³⁶.

22. Le droit processuel de la régulation et de la compliance : articuler le cumul des pouvoirs avec la distinction des fonctions. L'analyse de droit processuel de la régulation est très vaste, il en ressort toujours que c'est l'impartialité qui doit être préservée et c'est sous ce même principe que le raisonnement, du droit de la régulation, doit passer au droit de la compliance *via* la puissance de qualification détenue par le juge. Mais il ne s'agit pas pour autant d'ôter à l'entreprise sa propre puissance dans la mise en œuvre de ses propres obligations légales de compliance ! Car le système juridique ne peut à la fois lui imposer de poursuivre et de juger d'une part, et d'autre part lui ôter les moyens de le faire ! Tout au contraire, lorsqu'on observe l'évolution du Droit, l'efficacité justifie des organes de poursuite et de jugement de plus en plus puissants. Ainsi, quel que soit le sujet, les procédures, notamment internationales, deviennent de plus en plus inquisitoriales.

23. L'impératif plus grand encore du cumul des pouvoirs dans le droit de la compliance que dans le droit de la régulation. Exemple de l'espace numérique, de l'environnement et du climat. Plus encore, l'adoption et

33. Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury*, n° 97-16.440.

34. CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434.

35. CEDH 11 juin 2009, *Dubus S.A. c/ France*, req. n° 5242/04.

36. CJUE 2 févr. 2021, *DB c/ Commissione nazionale per le società e la Borsa (Consob)*, aff. C-481/19.

Le « jugeant-jugé ». Articuler les mots et les choses face à l'éprouvant conflit d'intérêts

l'installation du Parquet européen mettent en place des procureurs européens qui exercent tout à la fois les activités de poursuite et la fonction de juge d'instruction, notamment dans l'activité juridictionnelle de celui-ci³⁷. L'enjeu n'est en rien d'empêcher le cumul des fonctions, bien au contraire, puisque le cumul est un gage d'efficacité du système (ce que les autorités de régulation ont toujours affirmé pour justifier leur propre fonctionnement), mais dans l'organisation de la procédure.

Par exemple, l'ambition de « réguler Internet », ambition politique indispensable si l'on veut que l'espace numérique, dans lequel chacun de nous vit, ne soit livré à la seule haine et à la désinformation³⁸, suppose que, de gré ou de force, les opérateurs numériques cruciaux contrôlent les contenus, poursuivent les contenus manifestement inexacts ou haineux et sanctionnent leurs auteurs, le faisant soit en application de leurs propres standards, soit en application de législations à portée extraterritoriale, comme le *Digital Services Act* de l'Union européenne. Ils sont donc procureurs et juges d'autrui. De la même façon, comme on le voit à propos du devoir de vigilance, les buts monumentaux que constitue la protection tout au long des chaînes de valeur des droits humains et de l'environnement justifient le cumul des pouvoirs pour l'entreprise, condition pour qu'elle arrive à respecter la charge que les lois lui ont imposée.

24. L'enjeu qui demeure : articuler cumul des pouvoirs et impartialité.

Dès l'instant que l'on considère que l'activité ainsi imposée ou ainsi endossée volontiers, voire choisie volontairement par l'opérateur, est bien une activité appelant la qualification de « poursuite » et de « jugement », que l'entreprise est bien, quels que soient les mots qu'elle a pris soin de choisir, « juge » et « procureur », parce que la procédure est indissociable de l'acte de poursuivre et de l'acte de juger, l'enjeu majeur est donc non pas de l'entraver dans cette activité en *continuum* mais plutôt d'organiser son impartialité.

Or, comment peut-on être impartial non seulement à l'égard d'autrui mais encore à l'égard de soi-même ? Le droit de la régulation ne suffit pas pour fournir les solutions car le Droit avait confié aux autorités de régulation et de supervision l'office de poursuivre et de juger autrui mais pas l'office de se poursuivre et de se juger elles-mêmes. Voilà donc le droit de la compliance bien seul pour permettre aux entreprises, qu'il a obligées à le faire, de se poursuivre et de se juger elles-mêmes de façon impartiale.

37. Sur ce que recèle le Parquet européen, H. Christodoulou, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Bibliothèque de thèses », 2021 ; sur le lien étroit entre le Parquet européen et le droit de la compliance, v. M.-A. Frison-Roche, « Le parquet européen est un apport considérable au droit de la compliance », *Actu-juridique*, 11 juin 2021.

38. M.-A. Frison-Roche, « Se tenir bien dans l'espace numérique », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant. Penser le droit de la pensée*, Dalloz et LexisNexis, 2020, p. 155-168.

II. PERMETTRE AUX ENTREPRISES DE SE POURSUIVRE ET SE JUGER ELLES-MÊMES D'UNE FAÇON IMPARTIALE

25. **Une obligation impossible ?** À première vue, l'on ne peut pas se juger soi-même d'une façon impartiale, ce que le sens commun affirme et ce que le système juridique reprend d'une façon plus sophistiquée à travers le droit constitutionnel selon lequel l'on ne peut pas être « juge et partie³⁹ ». Comment prendre de la distance par rapport à soi-même ? La tentation est alors de recourir à l'éthique, solution qui permet de tout résoudre et qui est souvent proposée, la superposition des froides techniques juridiques de compliance et de la chaleur du sens éthique permettant de résoudre toute la difficulté. Mais parce que le Droit est un art pratique qui prend les êtres humains tels qu'ils sont, il vaudrait mieux renoncer par méthode à ce postulat de l'héroïsme éthique qui conduirait une personne à se condamner elle-même pour le bien des autres.

26. **Ne pas se perdre dans les perspectives.** Si l'on veut bien renoncer par méthode à cette sublime solution de l'héroïsme éthique, il convient de rechercher les solutions techniques qui mettent une distance juridique entre la personne à laquelle l'information est donnée et la personne qui pourrait utiliser cette information à son détriment, car pour cette personne qui risque donc quelque chose, la première est alors, à la fois, un procureur et un juge, ce qui détruit à son détriment l'impartialité. Il faut plus techniquement que l'entreprise mette en place toutes les techniques mettant une distance entre elle et la personne qui pourrait subir les conséquences négatives de son activité de recherche d'information, en interne et en externe, sans plus recourir à la technique de la personnalité morale (A). Pour cela, il faut organiser au sein des entreprises elles-mêmes une prise en charge duale des intérêts opposés (B).

PRÉALABLE. RENONCER AU SEUL SUBLIME HÉROÏSME ÉTHIQUE

27. **L'espoir toujours renouvelé d'une éthique commune, planétaire chez chacun.** L'on peut toujours espérer que le sens du devoir sera tel que les personnes physiques qui, au sein des organes sociétaires, expriment la volonté de la personne ou qui, en tant que managers, dirigent l'entreprise, imposeront de sacrifier l'intérêt particulier et immédiat de l'entreprise, pour préférer le règne du Droit et l'intérêt général et la réputation à long terme de l'entreprise.

39. Pour l'examen de ce principe constitutionnel intangible en droit processuel de la régulation, M.-A. Frison-Roche, « QPC, autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière, perspectives institutionnelles », in M. Roussille (dir.), *QPC et droit des affaires : premiers regards*, n° spéc. LPA 2011, n° 194, p. 25-35.

28. **La solution moins sublime du Droit.** Cet héroïsme moral et ce sens des responsabilités, au sens où Hans Jonas l'exprime⁴⁰, peuvent fonctionner. Mais ils sont trop ponctuels, incertains et difficiles à contrôler pour être l'unique base d'un système de compliance en *ex ante*. Il faut leur préférer des mécanismes de mise à distance entre l'entreprise qui poursuit et sanctionne et la personne qui concrètement pourra subir les conséquences néfastes de cette double activité requise par le droit de la compliance.

A. METTRE EN PLACE TOUTES LES DISTANCES JURIDIQUES ENTRE L'ENTREPRISE JUGEANTE ET L'ENTREPRISE JUGÉE, SANS PLUS RECOURIR À LA PERSONNALITÉ MORALE

29. **De la machine, à la structure, aux êtres humains sans passer par la notion de personne morale.** Au terme de ses propres enquêtes internes, l'entreprise va rassembler des informations sur la base desquelles elle va être jugée plus tard par les autorités publiques qu'elle est dans l'obligation d'alerter, et auxquelles elle doit donner accès à toutes ces informations dans des procédures informelles qui ne sont pas encore des sanctions. De la même façon, elle va rassembler des informations sur des faits qui, ultérieurement, seront de nature à être qualifiés de manquements administratifs, voire de délits pénaux.

La situation paraît aporétique. En effet, du point de vue du droit processuel, il paraît inconcevable d'exiger d'une entreprise qu'elle se juge elle-même car l'on ne peut pas être juge et partie. Et pourtant, du point de vue du droit de la compliance, il est efficace, et donc requis, que ce soient les entreprises elles-mêmes, puisqu'elles sont les mieux placées pour le faire, qui détectent les comportements contraires aux règles qui concrétisent les buts monumentaux, par exemple la lutte contre le blanchiment d'argent ou contre la pollution.

Mais la solution consiste une nouvelle fois à revenir dans le droit de la régulation (1) en mettant en place des solutions fonctionnelles sans plus recourir à la notion de personne morale, non pas par hostilité de principe à celle-ci mais parce que le droit de la compliance lui-même cherche à en écarter le masque et qu'il s'affaiblit en y ayant ici recours (2).

1. Importer dans le droit processuel de la compliance la solution dégagée dans le droit processuel de la régulation

30. **Tirer profit de l'évolution des autorités de régulation et de supervision.** Le droit processuel de la régulation n'a pas tiré comme conséquence des

40. H. Jonas, *Le principe responsabilité*, 1991 ; v. par ex. B. Edelman, « Restons sauvage ! » in M. Vacquin (dir.) *La responsabilité*, éd. Autrement, coll. « Morales », 1997, p. 132-144 ; v. aussi par ex. J.-P. Markus (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012.

jurisprudences précitées⁴¹ la disparition du pouvoir de répression des autorités administratives de régulation : des textes ont été immédiatement adoptés, dans une perspective dite « fonctionnelle », pour que l'ensemble des pouvoirs soient conservés à l'autorité mais que leur mise en œuvre soit en quelque sorte « découpée ». C'est ainsi que les autorités de régulation et de supervision continuent, et de plus en plus, à cumuler tous les pouvoirs juridiques : émettre des normes, formuler des avis aux autorités politiques, négocier des engagements, favoriser des médiations, trancher des différends entre opérateurs, sanctionner les manquements, former des recours devant les juridictions, intervenir devant celles-ci et formuler elles-mêmes des prétentions devant les juges.

31. **L'État de droit ne rejette pas le cumul des pouvoirs.** L'on peut dire qu'aucune organisation n'a plus de pouvoirs juridiques que les autorités administratives indépendantes, ce qui a conduit le Sénat à estimer qu'il s'agirait d'un « État dans l'État⁴² », le titre de ce rapport valant en lui-même protestation. Ce cumul est pourtant conforme au Droit, notamment au droit constitutionnel⁴³, parce que les différentes activités, notamment la collection d'informations et l'appréciation que l'on en fait (l'instruction) et la décision qu'on en tire (le jugement) sont fonctionnellement séparées, les personnes faisant l'un et l'autre n'étant pas les mêmes, l'opinion de l'autre n'étant donc pas objectivement reprise dans la seconde activité.

32. **Régulation, supervision, compliance : un mouvement profond.** Ce qui résulte donc de ce long processus juridictionnel concernant le droit processuel de la régulation peut être repris dans le droit processuel de la compliance : l'entreprise doit cumuler les pouvoirs de poursuivre et de juger, parce que le droit de la compliance le lui ordonne en tant que ces pouvoirs lui sont nécessaires pour exécuter ses obligations de compliance⁴⁴, et il ne faut pas la priver de l'un ou l'autre. Cela permet de se passer de ce principe que le système juridique traditionnel conserve, mais le droit de la compliance tend à volontairement ignorer la personnalité morale.

41. V. ci-avant.

42. Sénat, « Un État dans l'État ». *Canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler. Rapport sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, rapport d'enquête n° 126, 28 oct. 2015.

43. G. Canivet, « Autorités de régulation. Encadrement constitutionnel : le point de vue de juge », in M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, Ch. Le Berre, B. du Marais et A. Sée (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016, p. 125-137.

44. M.-A. Frison-Roche, « Concevoir le pouvoir », préc.

2. La nécessité de mettre en place une autonomie fonctionnelle de l'activité de poursuite et de l'activité de jugement sans plus recourir à la notion de personnalité morale

33. **La fausse facilité du recours à la personnalité morale.** Certes, si l'on garde dans le jeu la notion de personne morale⁴⁵, les choses sont plus faciles. En effet, il suffit de dire que c'est la personne morale qui se charge de poursuivre et de sanctionner, puisqu'elle est le sujet du droit de la compliance, tandis que la personne à laquelle son activité fait grief, par exemple le collaborateur ou le mandataire social, est donc une autre personne : il n'y a plus de *jugeant-jugé*, puisque ce sont deux personnes, la personne morale et la personne physique, qui se font face. Elles ont des intérêts contraires et tandis que l'une interroge, l'autre répond. Le fait que la seconde représente, par le droit des sociétés, la première, n'est pas déterminant.

34. **Le prix à payer : la convention judiciaire d'intérêt public au milieu du gué.** C'est à partir de cette considération, ce que certains appelleraient du juridisme, que la convention judiciaire d'intérêt public, n'étant accessible qu'à la personne morale, conduit à fournir au procureur des informations, apport contre lequel cette personne morale obtient la fermeture de l'action à son encontre, mais comme la personne morale est distincte de la personnalité de son mandataire social, ces mêmes faits, ainsi avérés, vont être utilisés dans une action, pénale ou civile, contre le mandataire social qui ne peut se prévaloir d'une convention qui a été conclue au bénéfice d'une autre personne. La loi dite « Sapin 2 » n'ayant pas pris du droit américain le mécanisme en son entier, qui ferme l'action publique à la fois pour l'entreprise et pour son dirigeant, la personnalité morale qui permet à l'entreprise de mener à bien son office de procureur interne, lui ouvrant aussi la possibilité de recevoir une proposition de fermeture de l'action publique notamment en raison des informations générales qu'elle apporte, y compris concernant le mandataire social qui pourtant agissait en son nom, l'on voit que l'autonomie de la personne morale est à la fois le remède et ce qui va produire un mal plus grand.

35. **Penser l'impartialité sans recourir à la personnalité morale pour redonner par ailleurs cohérence au droit de la compliance.** La notion de « personne » étant une création par le Droit, non seulement pour la personnalité juridique des organisations mais encore pour la personnalité juridique des êtres humains, les travaux de Michel Foucault l'ayant établie d'une façon générale⁴⁶ comme Jean-Paul Baud l'a établie pour le Droit⁴⁷, lorsque le droit de la compliance y recourt pour établir une distance commode entre celui qui

45. Sur l'importance de cette notion et le fait qu'il faut la garder à l'esprit pour le sujet ici traité, v. ci-avant.

46. Travaux préc., voir aussi *L'herméneutique du sujet : cours au Collège de France (1981-1982)*, Le Seuil, 2001.

47. J.-P. Baud, *Histoire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Le Seuil, 1993.

poursuit et celui qui est poursuivi, entre celui qui juge et celui qui est jugé, il le paie considérablement, puisque par la suite les bénéficiaires que la personne morale tire de la CJIP, les collaborateurs et les mandataires sociaux, ainsi « mis à distance », ne peuvent en bénéficier, alors même que les preuves collationnées les concernent directement et que les autorités publiques les utiliseront contre eux, à juste titre puisque le système juridique le permet⁴⁸. Le législateur aurait dû y mettre bon ordre⁴⁹, mais il ne l'a pas fait.

La loi avait aidé les autorités publiques de régulation à organiser l'autonomie fonctionnelle des organes de poursuite, d'instruction et de sanction. La loi laisse les entreprises organiser seules cette autonomie fonctionnelle en matière de compliance. Elles doivent le faire sous l'égide du principe d'impartialité, dont nous avons vu qu'il englobait tous les autres⁵⁰.

B. ORGANISER AU SEIN DES ENTREPRISES LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ POUR METTRE À DISTANCE LES INTÉRÊTS OPPOSÉS DANS L'EXERCICE CUMULÉ DES ACTIVITÉS DE POURSUITE ET DE JUGEMENT

36. Les trois perspectives de mise en place dans l'entreprise de l'impartialité soutenant le cumul des activités de poursuite et de jugement auxquelles le droit de la compliance oblige les entreprises. Puisque les entreprises sont livrées à elles-mêmes, ce qui correspond aussi au principe libéral qui laisse les entreprises libres de s'organiser comme elles le veulent dès l'instant qu'elles exécutent effectivement leurs obligations de compliance, la démonstration a été faite que l'impartialité est ce qui doit être le principe et ce sur quoi devra porter le contrôle *ex post* opéré par les juridictions. À ce titre, trois perspectives s'offrent à elles. La première est celle, mécanique, des algorithmes (1), la deuxième est celle, organique, des entités mises en place à l'extérieur pour se charger de ces activités (2), la troisième est celle des êtres humains qui viennent représenter dans l'entreprise les uns et les autres, car à des places différentes correspondent des intérêts différents, devant être défendus (3).

48. Sur le cas dit « Bolloré », E. Brunelle, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », *D. actu.* 23 mars 2021.

49. M.-A. Frison-Roche, « Évaluation de la loi dite "Sapin 2" au regard d'une "Europe de la compliance" et réponses aux diverses questions posées », in *Auditions menées par la Mission d'évaluation de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dirigée par les députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, Ass. nat., 18 févr. 2021.

50. V. ci-avant.

1. Le mirage des machines « impartiales »

37. **Le rêve des machines qui poursuivent et jugent sans opinion.** La première perspective est celle de remplacer les humains par des algorithmes qui vont collecter de l'information, mettre en corrélation les datas et mettre en évidence à la fois ce qui ne correspond pas, c'est-à-dire les « non-conformités » et ce qui correspond, c'est-à-dire les « conformités ». Cette puissance des machines à scanner la « conformité » a été plus longuement exposée dans cet ouvrage⁵¹.

38. **Les dangers de croire aux algorithmes « impartiaux », dont il suffirait de redresser les biais.** Cette *compliance by design* présente ici encore un nouvel attrait : celui de l'impartialité. À supposer que l'on corrige des défauts qui peuvent l'affecter, à savoir les « biais » que les êtres humains ont laissé contaminer, dans leur conception même, des algorithmes qui « apprennent », il y aurait donc la même « impartialité » dans un algorithme qui poursuit et qui sanctionne, ou en tout cas pas moins que dans des organismes humains. Les travaux sont très nombreux sur l'aptitude des algorithmes à « juger », l'aptitude à extirper des algorithmes les biais que les êtres humains y avaient insérés, initialement ou en cours d'utilisation ou de développement, permettant d'obtenir une pure impartialité, ne requérant plus de procédure au sens juridique du droit, le *process* ayant ainsi rendu la procédure inutile, puisque la suppression de l'intervention utile serait non plus le problème mais la solution. La critique en est faite notamment en droit du travail⁵². Cette impartialité des machines est le plus souvent dénoncée soit comme une illusion, car les biais ne peuvent être extraits, soit comme un grand danger en ce que l'impartialité qui serait atteinte serait au prix d'une déshumanisation du Droit, alors qu'il faut concevoir le droit de la compliance comme ce qui substantiellement vise à défendre les êtres humains et non pas à les soumettre mécaniquement aux réglementations.

2. Prendre modèle sur les autorités de régulation : instaurer des entités fonctionnellement autonomes

39. **La perspective de renforcer les structures des médiateurs d'entreprises.** De nombreuses organisations, qu'elles soient publiques, comme le ministère de l'Économie avec « le médiateur du crédit », comme l'Autorité des marchés financiers, avec son médiateur qui supplée l'absence de pouvoir de règlement des différends, ou de grandes entreprises, comme le groupe La Poste ou la

51. 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.

52. *Ibid.* V. aussi B. Géniaux, « Quel type de régulation pour l'intelligence artificielle, ou comment justifier l'irrationnel », in P. Adam, M. Le Friant et Y. Tarasewicz (dir.), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2020, p. 105-114, notamment en ce que celui-ci relie, à travers le RGDP, le droit de la compliance et « le droit à l'intervention humaine » (p. 112 s.).

SNCF, ont affecté des personnes qui sont saisies par des celles qui ont des difficultés avec d'autres, ce qui n'est pas un litige au sens strict mais constitue un différend, difficultés avec l'entité elle-même ou avec d'autres personnes ou entités sur lesquelles l'organisme a prise. Si l'on renforce, en droit ou en fait, les champs d'intervention de ces structures, qui sont parfois construits sur une personne physique, sur le modèle de l'*ombudsman*, ce par quoi a débuté le défenseur des droits, lequel interfère de plus en plus en droit de la compliance, notamment dans le mécanisme du lancement d'alerte, il devient alors possible que l'entreprise, qui peut être l'entité à laquelle un reproche est fait, étant ainsi dans la position du *jugé* puisse, sans difficulté, être aussi *jugeante* parce que la structure de médiation est impartiale.

40. **Impartialité et neutralité.** En effet, le principe de neutralité, qui est essentiel dans l'office du médiateur et qui doit pourtant s'articuler avec le principe du contradictoire, rejoint le principe d'impartialité, lequel est le principe majeur de l'ensemble. Le développement de ces structures internes aux entreprises, en articulant les principes de neutralité et du contradictoire, les deux étant gouvernés par le principe premier d'impartialité, est certainement une voie d'avenir.

41. **La perspective de l'externalisation d'une structure de poursuite, d'inspection ou/et de jugement.** Un pas plus décisif peut être fait en ne cherchant plus à développer une structure existant dans l'entreprise mais en en constituant une sur page blanche sans lien avec l'entreprise, sur le modèle des autorités de régulation, qui sont dans l'État mais indépendantes de celui-ci, le droit de la compliance gagnant toujours à s'appuyer sur le droit de la régulation qui l'a précédé et dont il doit importer et l'esprit et les techniques dans les espaces a-sectoriels, voire sans territoire que l'on a pourtant l'ambition de réguler. L'exemple en a été donné par l'*Oversight Board* mis en place par Facebook, notamment sa décision du 5 mai 2019 concernant Donald Trump, exemple très étudié⁵³, et le plus souvent critiqué.

42. **Le mérite d'exister.** D'une façon plus pragmatique, sauf à établir des autorités de poursuite à portée mondiale et des juges mondiaux pour protéger efficacement les populations des maux globaux que constitue notamment la désinformation, cette solution a le mérite d'exister et de se situer dans le segment pertinent du temps : l'*ex ante* et non pas l'*ex post*⁵⁴. Les États de droit subordonnent ces initiatives d'externalisation structurelle à la condition, d'une part, d'une voie de recours devant une juridiction étatique (comme c'est le cas pour les décisions prises par les autorités administratives de régulation) et, d'autre part, à l'existence d'une supervision permanente opérée par une

53. V. not. J. Heymann, « La nature juridique de la "Cour suprême" de Facebook », in cet ouvrage.

54. Sur la question du temps pertinent, v. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », in cet ouvrage.

autorité publique (comme c'est le cas en matière bancaire, financière, numérique, etc.). L'on peut penser que ce modèle, dans la parfaite continuité du droit de la régulation, internalisé dans les entreprises et libéré du préalable du secteur, va se développer, dans l'encadrement d'une supervision publique permanente et d'un contrôle formellement juridictionnel *ex post*.

43. **L'ajustement des mots et des choses en *ex post* ou en *ex ante*.** En outre, comme cela s'est passé en droit de la régulation, les structures ainsi mises en place fonctionnant comme des « juges », cumulant des fonctions d'« instruction » par le rassemblement des informations et leur appréciation, voire des fonctions de poursuites, devront fonctionner elles-mêmes « comme » des juridictions. Ce réajustement des choses et des mots sera soit opéré par les tribunaux dans leur contrôle *ex post*, soit d'ores et déjà opéré par la structure mise en place, ce qui fut le cas dans la décision adoptée par l'*Oversight Board* de Meta concernant Donald Trump, rappelant notamment l'impossibilité des peines perpétuelles après avoir requalifié la fermeture d'un compte numérique comme constituant une peine, ce qui constitue à exercer soi-même l'office juridictionnel de requalification, soit plus encore par l'entreprise qui gagnera à établir d'elle-même tout ce qui convient pour la pleine effectivité du principe d'impartialité, important les principes que les États de droit ont dégagés pour l'effectivité de celui-ci. Pour cela, le recours à des êtres humains est sans doute le plus précieux.

3. La perspective de recours à des tiers humains : la place centrale du service compliance et des avocats

44. **Placer des tiers à chacune des places des parties impliquées. Le triangle juridictionnel.** Motulsky concevait la figure du procès comme un triangle, dont la base est constituée par les deux parties dont les intérêts divergent et la pointe est occupée par le juge⁵⁵. L'une des solutions est donc de repérer les différents intérêts qui sont exprimés par la situation de l'entreprise, qui doit poursuivre et juger : par exemple, en tant qu'elle est *jugée*, elle a un intérêt, en tant qu'elle est *jugeante*, elle a un autre intérêt. Comme cela lui est imposé par le droit de la compliance, dont l'efficacité suppose le cumul des offices pour atteindre les buts monumentaux qui lui confèrent sa définition substantielle, la solution est de confier à des personnes distinctes ces intérêts : ainsi, une première personne va représenter l'entreprise en tant qu'elle est *jugée* et c'est une seconde personne qui va représenter l'entreprise en tant que *jugeante*.

45. **L'inutilité de dissocier entreprise et personne morale par la multiplication des représentants des intérêts en fonction de la multiplicité des**

55. Sur l'utilité de se référer toujours à Motulsky pour appréhender des situations nouvelles comme celle-ci, v. par ailleurs M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », *in* cet ouvrage.

intérêts au sein de l'entreprise. Si l'on procède ainsi, il n'est plus besoin d'affirmer que le sujet de droit est la personne, ce qui interdit de faire bénéficier les personnes de l'entreprise, notamment les dirigeants, des mécanismes de compliance, alors même qu'ils les ont négociés et qu'en cela ils se sont, de fait mais en l'état de la législation non « de droit », compromis : l'on peut dire que le sujet de droit est l'entreprise. Cela permet de réconcilier un point majeur du droit de la compliance ! Celui de son sujet de Droit ! En effet, si l'on regarde qui supporte le devoir de vigilance, c'est l'entreprise au sens le plus large du terme, « l'entreprise donneuse d'ordre », avec toutes les conséquences très lourdes que cela a pour elle, puisqu'elle devient responsable *ex ante* des comportements d'opérateurs économiques avec lesquels elle n'a éventuellement pas même de liens contractuels. Cela est dans la logique du droit de la compliance, mais il n'est pas admissible que pour ce qui est l'un des outils de la compliance, par exemple le devoir de vigilance, ce soit l'entreprise au sens très large qui soit le sujet, alors que pour d'autres outils, comme la CJIP, ce soit la personne morale, tandis que lorsque l'entreprise se juge et se sanctionne elle-même, l'on semble redécouvrir tous les charmes de la personnalité morale pour dire qu'il n'y a pas de questions ni de dispositions structurelles ou comportementales à prendre.

Il faut tout au contraire prendre acte que lorsque l'entreprise, obéissant au droit de la compliance, se poursuit et se sanctionne elle-même, ce que la seule éthique ne peut suffire à justifier, les intérêts contraires qui sont impliqués doivent être défendus d'une façon distincte. C'est ainsi que le service compliance qui existe d'une façon autonome dans l'entreprise et qui agit comme un service d'enquête, se reportant souvent à une structure qui décide (et donc juge) ou qui décide lui-même (par exemple en transmettant l'information à l'autorité publique) organise la représentation des intérêts dont il faut identifier la diversité, voire l'opposition.

46. Conclusion. L'amélioration globale du droit de la compliance par la représentation directe des intérêts divers concernés par les pouvoirs cumulés de poursuite et de jugement de l'entreprise sur elle-même et sur autrui. Ces modifications structurelles et comportementales au sein de l'entreprise, parce qu'elle y est contrainte par le droit de la compliance, lui-même empruntant dans le droit de la régulation, permettront à l'entreprise d'assurer ces pouvoirs que le Droit lui impose et qui donnent à l'entreprise une place centrale, que l'ambition nouvelle d'apporter des solutions ici et maintenant à des enjeux globaux, notamment numériques et climatiques, exige d'elle.