

## La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances <sup>1</sup>

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit de la concurrence, de la régulation et de la compliance, Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

10

**L'essentiel >** Le droit de la compliance réunit les forces de la loi, du contrat et des décisions des juges pour atteindre des buts monumentaux afin qu'à l'avenir les êtres humains ne soient pas broyés par les systèmes et qu'au contraire ils en bénéficient. Dans ce droit téléologique et systémique, législateur, régulateur, entreprise, parties prenantes et juge doivent trouver leur place. Il peut en naître des liens d'obéissance, vision de la « conformité ». Mais celle-ci n'est qu'un outil de la compliance, dont la vigilance est la pointe avancée de cette nouvelle branche du droit dans laquelle l'alliance permet de dégager des solutions, le contrat étant alors un mode usuel d'élaborer des moyens sous le contrôle du juge.

**1. Définition substantielle du droit de la compliance par ses buts monumentaux, négatifs et positifs.** Le droit de la compliance est une « aventure » qui rassemble ceux qui ont une ambition commune : agir systémiquement sur l'avenir, soit pour éviter un effondrement (buts monumentaux négatifs), soit pour déployer un système meilleur que celui dans lequel vivent certains êtres humains (buts monumentaux positifs). Le droit de la compliance ne consiste donc pas qu'à « obéir » en se « conformant » à des règles applicables. En cela, la « conformité » n'est, en effet, qu'un outil parmi d'autres de cette branche du droit dont les contours sont plus étroits que notre obligation générale et commune de respecter les règles.

**2. La compliance, branche du droit systémique, conçue et déployée téléologiquement.** Plus étroit dans les règles visées, le droit de la compliance est aussi beaucoup plus ambitieux puisque son objet est de sauvegarder les systèmes (ban-

caires, financiers, informationnels, énergétique, climatique, etc.), voire de les améliorer pour que les êtres humains qui y vivent puissent y demeurer, voire s'y épanouir. Par nature le droit de la compliance se développe donc d'une façon téléologique, tous les instruments juridiques qui le constituent se créant, se développant et s'interprétant à partir de cette finalité qui lui donne unité, prévisibilité et simplicité.

**3. Implication d'actions immédiates et continues, dont la vigilance est la pointe avancée.** Dans ce droit dont l'objet est l'avenir, des actions immédiates sont requises, actions notamment structurelles, par exemple l'adoption de plans, pour engendrer des effets à long terme et des changements culturels, reflétant la nature politique d'une branche qui prolonge le droit de la régulation. Le mécanisme de la vigilance n'est donc ni particulier ni isolé. Il n'est compréhensible que comme la « pointe avancée » du droit de la compliance dans son ensemble.

(1) Cet article est fondé sur un document de travail bilingue, doté de références techniques, de développements supplémentaires et de liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/la-loi-la-compliance-le-contrat-et-le-juge-places/>.

**4. Nécessité d'articuler les forces disponibles, à travers les instruments juridiques et leurs auteurs : la loi, le contrat et le jugement.** Ces ambitions négatives (éviter des catastrophes, notamment climatiques ou dans l'espace numérique) et positives (améliorer la situation d'êtres humains trop « invisibles », y compris pour le droit, not. dans les entreprises ou les chaînes d'approvisionnement), sont d'une telle ampleur qu'il faut situer les acteurs : législateur, entreprises et parties prenantes, juges. Cela permet, dans un second temps, de les articuler les uns par rapport aux autres. Cette articulation peut être conçue de deux façons : soit dans le sens d'une obéissance, conception traditionnelle qui organise un règne de la réglementation que tous serviraient, soit dans le sens d'une alliance, où toutes les forces convergent vers les mêmes buts monumentaux.

**5. Conception hiérarchique traditionnelle de la loi donnant ordre, les acteurs ne donnant à voir que leur obéissance.** Dans cette conception d'efficacité de la réglementation, l'ordre est émis par des textes, prend le plus souvent la forme d'interdictions produites par du droit pénal, par exemple l'interdiction de corrompre et de blanchir les capitaux. Le juge intervient pour punir celui qui a violé l'interdit. Ce juge qui toujours sanctionne est avant tout, à tout seigneur tout honneur, le juge pénal. Les pouvoirs du procureur montent en puissance. Font de même, en décalque, les autorités administratives dans leur fonction de poursuite et de répression, comme l'Autorité de la concurrence, l'Agence française anticorruption ou l'Autorité des marchés financiers. Le mouvement désigné comme *La juridictionnalisation de la compliance* se contente ici de reproduire l'obéissance à la loi, la sanction des violations visant l'effectivité de la règle. Reste à espérer que les procureurs, les tribunaux répressifs et les commissions des sanctions des régulateurs n'oublient pas leur nature de juge. Même lorsqu'il ne s'agit que de rendre effective la réglementation, ils continuent d'agir dans le cadre processuel consubstantiel à tout procès, notamment le contradictoire et les droits de la défense.

**6. Obéissance de l'entreprise qui applique en son sein la réglementation de compliance en s'auto-punissant.** Cette déclinaison de l'obéissance atteint plus directement l'entreprise lorsqu'elle s'auto-poursuit par les enquêtes internes, s'auto-dénonce et finit par accepter sa sanction, dont elle a fourni les moyens à l'autorité publique. L'on observe néanmoins un effacement des droits de la défense dans les enquêtes internes car le régulateur et le procureur exigent la transmission des informations selon un principe de collaboration. L'entreprise a pourtant jugé ses collaborateurs et les met en risque d'être sanctionnés. Cette tendance montre que les choses ne sont pas à leur place lorsqu'on ne pense qu'en termes d'obéissance des acteurs et d'effectivité des réglementations, l'État de droit pouvant s'en trouver compromis. Pour le défendre, il convient de se garder de manier des notions juridiques comme des images, notamment la notion du « contrat ».

**7. Dans l'obéissance à la loi par la sanction, le contrat peut n'être qu'une métaphore.** Pour que la loi soit effec-

tivement observée, l'on favorise, en effet, au titre de la compliance, les arrangements, les engagements et les acceptations de toutes sortes. Cela peut s'admettre, mais il faut toujours savoir à quelle place l'on se trouve. Ainsi ce que l'on désigne comme la « contractualisation du procès pénal » n'est qu'une métaphore : la convention judiciaire d'intérêt public n'est pas un contrat et le sérieux du droit devrait exclure que l'on parle par image, car toute marge laissée à l'entreprise pour négocier ne signifie pas « contrat » : celui-ci repose avant tout sur la liberté contractuelle impliquant la liberté de ne pas dire oui, ce qu'une entreprise ne peut, de fait, pas faire une fois le processus engagé et les informations transmises.

**8. L'usage des contrats pour exécuter son obligation légale de compliance.** En revanche, les entreprises ont développé une pratique proprement contractuelle, qui n'a rien à voir avec ces techniques précédemment décrites. Sans qu'il n'y ait besoin d'une loi spécifique, les entreprises, sujets de droit de la compliance, peuvent choisir tout moyen effectif pour concrétiser leur obligation légale de compliance, elles peuvent utiliser tous les moyens à leur disposition : les engagements unilatéraux, la *soft law*, la pédagogie, l'éthique, les sanctions, mais aussi les contrats. Par leur pratique, elles montreront qu'elles respectent leur obligation légale de compliance. Le contrat est alors le moyen par lequel l'entreprise concrétise son obligation légale de compliance, contrat par lequel la réglementation se propage. L'outil contractuel est grandement apprécié, puisqu'il est plus facilement indifférent aux frontières, épouse l'espace et la durée des chaînes de valeur, etc.

**9. L'utilisation du contrat comme prestation de compliance au regard de la loi : le « contrat de compliance ».** Imaginons, hypothèse d'école, qu'une entreprise n'aime pas les contraintes légales de compliance qui pèsent sur elle. Elle ne veut pas mobiliser ses ressources internes mais veut pourtant respecter la loi (pour de multiples raisons). Elle va alors externaliser cette tâche, le plus souvent bloc réglementaire par bloc réglementaire en confiant à un prestataire le soin de lui assurer sa conformité au règlement général sur la protection des données (RGDP), à un autre celui de mettre en place son lancement d'alerte, à un autre de faire le suivi du plan de vigilance, etc. De ces contrats qui correspondent à une demande, née de ces exigences de la loi, est né le « marché de la conformité » qui croît à une vitesse exponentielle. Reste à écrire le régime de ce « contrat spécial », dont la compliance est l'objet même.

**10. Des contrats ayant un objet autre mais impliquant ou justifiant l'insertion de « clauses de compliance ».** En outre, dans les contrats qui traduisent l'activité économique de l'entreprise, par exemple dans les contrats de fourniture, une clause sera insérée par laquelle l'entreprise qui fournit le matériel s'engage à ce que les conditions de fabrication soient conformes au code de compliance et d'éthique de l'acheteur qui l'utilisera pour réaliser le produit fini et le vendre au consommateur final. De la même façon, une clause du contrat-cadre de distribution va stipuler que le distributeur devra remettre chaque année à son partenaire un audit de

compliance, notamment en matière de lutte effective contre la corruption, celui-ci pouvant à tout moment venir vérifier l'exactitude de cet engagement.

**11. Le développement des clauses et contrats de compliance au regard des buts monumentaux par la volonté autonome de l'entreprise : s'obliger davantage que la contrainte légale.** Dans le premier type de clauses et de contrats, l'entreprise se situant dans un rapport d'obéissance à la réglementation, imagine des modalités qui lui sont propres pour remplir sa propre « obligation de compliance » que la loi a dessinée. Mais l'entreprise est une personne juridique qui non seulement exécute l'ordre que lui donne la loi (et en cela elle suit la réglementation), mais encore peut exprimer ses propres buts. Ceux-ci renforceront ceux du législateur. Le contrat va servir non plus l'obéissance mécanique mais une alliance entre législateurs et acteurs privés. Parce que les finalités du droit de la compliance en bénéficient, ces contrats, correspondant souvent à des incitations légales, doivent être interprétés largement par le juge, puisqu'ils servent le principe de compliance.

**12. La présence naturelle du juge comme agent d'efficacité de la volonté des parties.** Puisqu'il y a contrat – et pas seulement « contractualisation » –, le juge intervient naturellement, qu'il soit juge spécialisé ou juge de droit commun, l'affirmation selon laquelle les algorithmes et les *smart contracts* pourraient éliminer les juges étant une illusion. Les cas d'inexécution, de résiliation, d'inexécution, seront soumis au juge, qui devra interpréter les contrats et les textes applicables, en référence au système de compliance que l'instrument contractuel active.

**13. L'action naturelle du juge pour aider les opérateurs à aller de l'outil contractuel de conformité vers l'outil contractuel de compliance.** Le juge, virtuellement présent dans tout contrat, veille à ce que l'objet du contrat et ses stipulations de compliance se concrétisent. En premier lieu, le juge doit considérer son office, tout d'abord, au niveau du seul outil de la « conformité ». En effet, si l'on considère qu'il s'agit pour l'entreprise de « se conformer à la réglementation », le juge aura pour office, en transparence du contrat, de vérifier l'adéquation du comportement contractuel des parties à ce que prescrit une réglementation, laquelle s'interprète d'une façon

téléologique par rapport à ces finalités. En second lieu, le juge doit interpréter le contrat ou la clause comme un « outil de compliance », favorisant l'interprétation efficace pour les buts monumentaux du système de compliance, auquel les parties ont voulu participer. Son office se décale alors de l'*ex post* vers l'*ex ante*, pour que des solutions se dégagent au regard des buts. Le rapprochement des parties par la médiation doit être favorisé par le juge.

**14. L'émission par le juge de standards de preuve de l'efficacité du contrat pour servir les buts monumentaux du système de compliance.** Le juge est alors au centre de ce qui doit être l'alliance des forces pour que le système de compliance soit assez puissant pour protéger, voire construire, l'avenir. Pour cela, les lois, les contrats, les engagements et les comportements doivent être « effectifs, efficaces et efficients » au regard des buts monumentaux poursuivis. Le juge doit dégager les standards de preuve établissant que les acteurs apportent leur aide au législateur dont ils portent l'ambition pour l'avenir. Il regarde les preuves apportées par les parties obligées à faire leurs meilleurs efforts pour remplir leurs engagements contractuels pour atteindre ces buts. Les moyens de preuve sont les effets déjà obtenus et ceux que l'on peut vraisemblablement projeter. Les preuves sont donc fournies en continuum,

**15. La porosité réciproque entre les clauses et contrats de compliance et les méthodes du juge.** De même que le juge doit interpréter les contrats et clauses de compliance d'une façon téléologique pour respecter la nature téléologique du droit de la compliance dont ils sont les instruments, les bienfaits des méthodes du juge méritent d'inspirer des clauses. Par exemple, des clauses de « contradiction » pour élaborer des outils communs de compliance, des clauses de médiation ou des clauses de *dispute boards*.

**16. Conclusion.** Ainsi loi, compliance, contrat et juge cessent d'être quatre termes éloignés les uns des autres ou devant nécessairement se mettre en hiérarchie : il existe suffisamment de points de contact entre eux pour produire l'alliance des forces requises pour répondre par le droit aux enjeux systémiques de l'avenir que sont notamment le numérique et le climat face auxquels nous sommes tous isolés, ignorants, faibles et démunis.