

# ■ Ajuster par la nature ■ des choses le droit processuel au droit de la compliance<sup>1</sup>

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

*Agrégée des Facultés de Droit,*

*Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

1. **Merci à Motulsky.** Même si l'on peut, comme à tout trait de génie, trouver des linéaments à la chose et des précurseurs à la personne<sup>2</sup>, le droit processuel est une invention essentiellement due à Motulsky, dont nous avons la trace expresse à travers les notes prises du cours qu'il donna à l'Université de Nanterre où il était professeur<sup>3</sup>, posant des principes que l'on retrouve à travers son œuvre fondatrice<sup>4</sup>.

2. **Le droit processuel, au-delà du droit commun et comparé.** Le droit processuel va bien au-delà du profit que l'on a toujours à comparer des types de procédures entre elles. Motulsky affirma dans sa thèse que la loi devait prévaloir, puisque c'est à partir d'elle et dans le respect de celle-ci que le juge concrétise, par l'application qu'il en fait aux cas particuliers qui lui sont soumis, les prérogatives concrètes des personnes<sup>5</sup>. Il affirma par ailleurs qu'il y a du « droit naturel » dans le droit processuel, notamment dans l'action en justice qui permet de soumettre au juge une prétention, les droits de la défense

---

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements et références techniques supplémentaires, ainsi que de liens hypertextes. Il est disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/les-outils-de-la-compliance-au-crible-du-droit-pro/>

2. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2021.

3. H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, coll. « Les cours du droit », 1973.

4. Par ex. « Le droit d'action et l'action en justice », in *Archives Phil. dr.*, Sirey, 1964, p. 215-230 ; ou « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges Roubier*, t. 2, 1961, p. 175 s.

5. H. Motulsky, *Principes de réalisation méthodique du droit. Eléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, Sirey, 1948, rééd. Avant-propos M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 1992, 174 p.

qui permettent à la personne (même, voire surtout, si elle est coupable) de se protéger contre le jugement à venir<sup>6</sup>, notamment par le droit de contredire l'adversaire.

**3. La nature des choses dans le droit processuel.** Le fait que l'on retrouve dans un État de droit ces éléments dans les diverses procédures mises en place est un indice de leur importance, mais c'est la nature des choses qui fait émerger ces principes sans lesquels il n'y aurait qu'un « *process* »<sup>7</sup> et non pas du droit processuel tel que les cours suprêmes le gardent. L'on peut, certes, faire fonctionner d'une façon efficace des systèmes sur de la réglementation et des *process*, sans souci de l'État de droit, mais ce que posa Motulsky est que dès l'instant qu'il y a un État de droit il ne peut pas y avoir, quelle que soit la « procédure », voire le « procédé », élimination du droit processuel : celui-ci est toujours présent, y compris dans le silence des textes.

**4. Le juge révélateur de la substance processuelle de la loi.** Le juge doit révéler l'encre invisible par laquelle ces principes processuels s'imposent. Ce n'est pas ajouter à la loi puisque celle-ci contient nécessairement de façon tacite les principes processuels, sauf exception expresse et justifiée. L'exception aux principes du droit processuel peut exister, car tous les principes supportent des exceptions, mais cela ne peut l'être que d'une façon explicite. Ainsi, tandis que le droit processuel se déploie largement et dans le silence des textes, ne supportant pas une exception injustifiée, une telle exception ne peut être qu'expresse et appelle une interprétation limitée. Tout cela est acquis, se retrouve dans les jurisprudences des cours suprêmes, constitutionnelles et ordinaires, parce que cela découle de la nature même des choses tant que nous sommes dans une société démocratique et un État de droit<sup>8</sup>.

**5. Le droit tacitement issu de la nature concrète des choses.** Le droit processuel tient donc à la nature des choses. Mais c'est une conception concrète de cette nature qu'il convient d'avoir, telle qu'Aristote la pose<sup>9</sup>. Une conception trop abstraite, notamment telle que le XVIII<sup>e</sup> siècle la propagea dans les textes, y conduit moins aisément. Or, le droit de la compliance organise les choses d'une façon nouvelle. C'est pourquoi les principes simples et d'airain du droit processuel se glissent là où l'on ne les attend pas de prime abord, notamment

6. H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », préc.

7. V. par ex. la « procédure spéciale » établie par Staline, veillant expressément que tous les principes de droit processuel soient écartés : Décision du bureau politique du Parti communiste soviétique, 5 mars 1940.

8. Sur l'ensemble du droit positif en ce sens, v. par ex. le Précis Dalloz de *Droit processuel*, *op. cit.*

9. Dans ce sens, v. d'une façon générale M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2013.

parce qu'il n'y a pas de juge, cette personne autour de laquelle d'ordinaire les procédures s'agencent.

6. C'est en référence à cette nature des choses que l'on peut mieux cerner l'articulation entre droit processuel et droit de la compliance dans l'entreprise (I) et imaginer la façon dont le juge peut davantage prendre en considération la dimension particulière des cas qui lui sont soumis lorsque ceux-ci impliquent le droit de la compliance (II).

## **I. L'ARTICULATION NATURELLE ENTRE DROIT PROCESSUEL ET DROIT DE LA COMPLIANCE DANS L'ENTREPRISE**

7. **Le droit processuel « naturellement présent » dans l'entreprise lorsqu'une personne risque une décision lui faisant grief.** Les principes de droit processuel, dont le droit de se taire et plus largement les droits de la défense, puis le droit de soumettre à un juge la décision dont la personne a été l'objet, s'imposent notamment dans les entreprises. La jurisprudence l'a admis depuis longtemps, en particulier à propos de la révocation des dirigeants sociaux. La chambre commerciale de la Cour de cassation a posé et rappelé qu'un dirigeant social doit être mis en mesure de faire valoir ses arguments avant de subir les conséquences du pouvoir du Conseil de le révoquer, alors même que ce pouvoir est *ad nutum*<sup>10</sup>.

Il est remarquable que le juge en ait décidé ainsi, parce qu'il relève de la nature des choses qu'en cas de sanctions ainsi appliquées, même sans faute intrinsèque dans l'usage du pouvoir discrétionnaire que le Conseil a de révoquer le mandataire social, il faut que la personne visée ait été mise en mesure de se défendre. Ainsi, même celui qui est tout à fait fautif doit se faire entendre et celui qui a toute latitude pour frapper doit l'entendre : c'est la marque de l'État de droit.

8. **Le droit processuel « naturellement présent » lorsque l'entreprise élabore en son sein des situations litigieuses sur ordre du droit de la compliance.** Même si les réglementations n'en soufflent mot, c'est donc également aux juges, notamment aux cours suprêmes, de reconnaître cette nature des choses sur laquelle le droit processuel est construit : lorsque les mécanismes de compliance obligent les entreprises à frapper, le droit processuel doit obliger, même dans le silence des textes, à armer ceux qui peuvent être frappés, voire se dresser contre des dispositifs qui écarteraient trop ces défenses que l'on estime facilement contraires à l'efficacité. Ainsi, lorsque

---

10. Com. 29 mars 2011, n° 10-17.667 ; Paris, 5 sept. 2016, aff. n° 15/07864. Mais il suffit que la procédure ait permis à l'intéressé « d'exprimer ses points de désaccord » (Com. 11 juill. 2012, n° 11-19.563, inédit).

l'entreprise est instituée par le droit de la compliance comme étant dans la situation d'enquêter sur elle-même, ou sur une personne dont elle doit rendre compte – qu'il s'agisse d'un collaborateur, interne ou externe, voire d'un tiers – le droit processuel doit s'appliquer à ceux-ci. Ce qui s'applique dans le droit des sociétés<sup>11</sup> au profit des mandataires sociaux pour une décision discrétionnaire adoptée à leur détriment doit s'appliquer *a fortiori* pour toute décision de sanction ou de tranchement de litige organisés par l'entreprise.

**9. Cartes des qualifications juridiques rebattues par le droit processuel dans la mise en œuvre des outils de compliance sous la lumière des situations de risques.** Le droit processuel rebat alors les cartes des qualifications juridiques. Cela est d'autant plus aisé pour le juge de le faire qu'il est de son office de donner aux situations qui lui sont soumises les qualifications juridiques que celles-ci requièrent, comme l'explique l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile<sup>12</sup>. Ainsi, lorsque l'entreprise poursuit l'un de ses collaborateurs, y compris dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, pour détecter un manquement, même si la procédure n'est pas encore celle d'une sanction, parce que l'enquête interne est potentiellement ce qui y mène, les principes processuels sont donc tacitement présents. Le juge doit donc avant tout redonner aux choses leur nom<sup>13</sup>, par exemple dire que l'entreprise est un tribunal, le *compliance officer* un enquêteur, l'entreprise un lieu d'interrogatoire, etc., dès l'instant qu'*in fine* c'est une sanction qui se profile pour la personne qui, interne ou externe à l'entreprise, est partie à la situation.

**10. Prise en compte par le droit processuel de la nature du droit de la compliance, droit de l'information *ex ante*.** Mais il faut aussi que le droit processuel tienne compte de la « nature des choses » que constitue le droit de la compliance, constitué par la constitution en *ex ante* d'informations pour détecter et prévenir des situations et comportements systématiquement pertinents au regard des buts monumentaux qui définissent cette branche du Droit<sup>14</sup>. Or, pour prévenir et détecter des situations et comportements systématiquement dommageables, comme une situation de corruption, il faut que l'entreprise, ou l'autorité administrative de supervision, rassemble et traite en *ex ante* des informations. Cela serait nier l'existence même du droit de la compliance que de bloquer ce récolement d'informations. **Le droit processuel ne**

---

11. Droit des sociétés lui-même profondément modifié par le droit de la compliance en ce qu'il mixe celui-ci avec la « gouvernance ». V. dans ce sens 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*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022, p. 55-67.

12. « Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

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

14. Cela renvoie à la définition même du droit de la compliance, autre problématique qui est le sujet de l'ouvrage *Les buts monumentaux de la compliance*, *op. cit.*

**peut anéantir cela et, par la nature des choses, il doit respecter ce principe de rassemblement *ex ante* d'informations.**

11. **L'opposition apparente entre droit processuel et droit de la compliance.** Cela semble conduire à une aporie, puisque le droit processuel conduirait par nature à ne pas donner d'information, alors que le droit de la compliance conduit par nature à fournir de l'information. Cette vision d'opposition alimente d'ailleurs la critique souvent faite du droit de la compliance comme une sorte de *process* d'efficacité des réglementations, conception particulièrement appréciée des régimes politiques totalitaires sans souci des droits humains, tandis qu'à l'opposé les autorités soupçonnent les entreprises de se draper de grands mots processuels pour mieux cacher quelques turpitudes...

Cela ne fait que développer la défiance entre les États et les entreprises, alors même que le droit de la compliance doit reposer sur une alliance entre les deux. Mais cette vision est inexacte, car elle méconnaît l'articulation naturelle entre droit processuel et droit de la compliance.

12. **L'articulation naturelle entre droit processuel et droit de la compliance dans l'entreprise : quand la transmission de l'information conduit à une possible décision faisant grief.** En effet, sur ordre de la loi ou par volonté de servir un intérêt collectif, l'entreprise va collecter de l'information auprès de diverses personnes en son sein, comme elle va apporter elle-même de l'information à l'organisme qui en fera bon usage pour atteindre un but monumental, par exemple à travers une transmission d'informations à l'autorité de supervision, au procureur, à une agence ou à un juge. Il en découle une obligation de collaboration de celui qui a l'information envers celui qui en fera bon usage, qu'il s'agisse du collaborateur interne, externe ou du tiers par rapport à l'entreprise<sup>15</sup>, ou qu'il s'agisse de l'entreprise elle-même par rapport à l'un des organismes externes précités.

Mais quand la transmission de cette information conduit potentiellement à une décision faisant grief, notamment une sanction, alors le droit processuel, porteur de l'inefficacité inhérente notamment aux droits de la défense (distincts en cela du principe du contradictoire), dont le droit de se taire est exemplaire, reprend sa place.

13. **La distribution de principe entre droit processuel et droit de la compliance en raison du risque encouru par la personne impliquée par la situation dans l'entreprise.** Il n'y a donc pas un principe et une exception,

15. Sur les conséquences majeures que cela implique au regard des informations, notamment parce que nous sommes dans une économie de l'information et dans une compétition pour l'information, v. M.-A. Frison-Roche, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 413-436.

mais bien deux principes. Le principe d'information, sur lequel est fondé le droit de la compliance (dont il faut respecter la nature) et le principe de non-information, sur lequel est fondé le droit processuel, lorsqu'il prend la forme des droits de la défense (dont il faut respecter la nature).

14. Il ne faut pas faire une application au cas par cas avec des verres à demi pleins de ces deux natures : celles-ci doivent toutes deux rester pleines et entières mais appliquer le droit classique de la façon suivante. Si la personne, physique ou morale, ne risque pas d'être l'objet d'une décision lui faisant grief, elle n'a pas à bénéficier de ce système d'inefficacité que lui offre le droit processuel et doit collaborer à la collecte d'information sur laquelle repose le droit de la compliance. Mais si la personne, physique ou morale, risque une décision lui faisant grief, alors elle doit pouvoir bénéficier des droits de la défense, dans le sens plein de celui-ci, notamment le droit de se taire. C'est exactement de cette façon-là que la Cour de justice a raison dans son arrêt de principe du 2 février 2021, *DB c/ Consob*<sup>16</sup>.

**15. L'enjeu : objet et charge de preuve lorsque les deux branches du Droit ne convergent pas ?** Ainsi, aucune des deux branches du Droit n'est exception de l'autre, ne doit céder sa place à l'autre. Lorsque les deux convergent, par exemple lorsque le droit processuel produit lui-même de l'information, notamment par un débat contradictoire, il n'y a pas de difficulté. Il y a difficulté lorsque le droit processuel implique un mécanisme de rétention d'information (le droit de se taire) ou ce qu'en droit de la compliance l'on appelle un mécanisme de « désinformation » et qui constitue, par exemple à travers le droit de mentir, l'expression même des droits de la défense. L'objet de preuve est alors la démonstration d'une situation où la personne en cause est susceptible d'être ultérieurement l'objet d'une décision lui faisant grief. Qui doit prouver l'existence d'une telle situation ?

**16. L'enjeu : l'objet de preuve et la charge de prouver l'existence de la potentialité d'une décision faisant grief.** L'objet de preuve est clair : il s'agit de l'existence d'une possible décision à l'avenir, même à l'extérieur de l'entreprise, même bien après l'enquête menée par l'entreprise, permettant alors à la personne qui encourt cette perspective d'entraver la collecte de l'information. Déterminer qui endure la charge de prouver cette potentialité d'une décision faisant grief à la personne, justifiant que dès le stade de l'enquête elle puisse se taire, ou mentir, est moins clair.

L'on peut en effet, en raison de la présomption d'innocence, considérer que ce serait à la personne qui mène l'enquête ou qui doit recevoir la qualification de procureur ou de juge de démontrer en toutes circonstances que la situation qui est constituée, par exemple un entretien, un interrogatoire, une demande d'information, un questionnaire, etc., ne conduit pas potentiellement

---

16. CJUE, grande chambre, 2 févr. 2021, *DB c/ Consob*, C 481/19.

à une décision faisant grief, notamment un engagement de responsabilité ou une sanction. Mais c'est alors transformer l'objet de preuve en objet négatif (la non-potentialité de décision faisant grief), ce qui n'est pas conforme aux principes généraux du système probatoire<sup>17</sup>.

Pourtant, de la même façon, il serait excessif d'exiger dans l'*ex ante* dans lequel évolue le droit de la compliance que la personne interrogée ou l'entreprise elle-même démontre immédiatement que le *process* que l'entreprise organise, qu'elle s'inflige, ou qu'elle subit de l'extérieur s'il s'agit d'enquêtes organisées par une autorité de supervision, ou qu'elle inflige à des collaborateurs internes ou externes, contient déjà potentiellement une sanction. Car il est bien difficile de prouver l'avenir, autrement qu'en alimentant soi-même le dossier de sa propre culpabilité.

**17. La solution : dissocier la charge de vraisemblance – sur celui qui allègue être défendeur « potentiel » – et la charge de preuve – sur l'attaquant « potentiel ».** Revenant sur la structure même d'un procès et de la répartition entre le juge et les parties, telle que Motulsky la décrit<sup>18</sup>, la charge de preuve ne repose sur celui qui est procéduralement demandeur à l'instance que parce qu'il est temporellement le premier à formuler une allégation, affirmant l'existence de faits, auxquels il associe une demande : c'est donc la formulation d'une allégation qui déclenche une charge de preuve pesant sur celui qui a construit l'allégation.

Ainsi, l'auteur de l'allégation selon laquelle dans le *process* de récolement d'informations il y a potentiellement une décision faisant grief, n'est pas l'autorité qui poursuit ou sanctionne (l'entreprise ou l'autorité administrative), mais c'est la personne physique ou morale présente dans la situation juridique que constituent la recherche d'information et l'obligation qui est présentée à cette personne d'y répondre. Cette personne « allègue » donc un fait : que dans la situation, il y a une possible décision lui faisant grief, notamment un engagement ultérieur de sa responsabilité, une atteinte à sa réputation, une sanction, etc. Puisqu'elle allègue cela, qu'elle a construit ce fait futur, qui est une potentialité<sup>19</sup>, elle doit subir la charge probatoire qui lui correspond.

Mais cela ne peut être une « charge de preuve » pleine et entière car cela reviendrait à l'obliger à démontrer soit qu'elle est coupable, puisqu'elle devrait démontrer les éléments de culpabilité qui sont effectivement dans la situation, ce qu'exclut le droit de ne pas s'auto-incriminer, soit elle devrait démontrer son innocence pour écarter la perspective de répondre plus tard des actes

---

17. V. ci-avant.

18. H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 s.

19. Sur la notion de « potentialité » et de « virtualité », par laquelle le Droit peut traiter au présent un événement futur, v. d'une façon générale M.-A. Frison-Roche, « L'immatériel à travers la virtualité », in *Archives Phil. dr.*, *Le droit et l'immatériel*, t. 43, Sirey, 1999, p. 139-148.

sur lesquels elle est intéressée, ce qui contredit de plein fouet la présomption d'innocence précitée.

Ne repose donc sur elle qu'une « charge de vraisemblance » : la personne impliquée dans la démarche probatoire initiée par l'entreprise ou l'autorité administrative doit élaborer une présentation crédible montrant qu'en apportant des éléments d'information, quels qu'ils soient, notamment par l'objet sur lesquels portent ceux-ci, la virtualité d'une décision faisant grief se dessine<sup>20</sup>. Il ne s'agit que de le montrer d'une façon vraisemblable, pas d'une façon causale.

**18. La succession dans le temps de la charge de vraisemblance, sur le défendeur potentiel et la charge de preuve, sur l'attaquant potentiel.** Une fois cette charge de vraisemblance satisfaite, la charge non seulement s'inverse, allant sur les épaules de l'autre, mais change de nature : parce que cet autre est sur le moment non agressif – un supérieur hiérarchique qui demande une information, un *compliance officer* qui sollicite des précisions, un enquêteur d'une autorité administrative, etc. – mais sera plus tard l'attaquant, ce qui a été « d'une façon vraisemblable » démontré par la personne, physique ou morale dans le temps *ex ante* de l'enquête, démonstration de vraisemblance qui prouve qu'elle est dès le temps de l'enquête en situation de risque, va impliquer pour celui qui met cette personne dans cette position-là de devoir soit supporter le silence, les mensonges, etc., tout ce qui dans le droit processuel ne converge pas avec le droit de la compliance, soit démontrer que cette vraisemblance démontrée ne correspond pas à la vérité.

C'est alors que, dans ce second temps, parce que la personne « inquiétée » aura préalablement satisfait sa charge de vraisemblance, l'attaquant « potentiel » qui devra faire place au droit processuel même lorsque celui-ci contredit le droit de la compliance, devra lui-même supporter une charge de preuve avec un objet de preuve qui est différent : démontrer qu'en réalité la personne physique ou morale n'avait rien à craindre par la situation de demande d'information et qu'elle doit donc pleinement collaborer.

C'est à ce système probatoire qu'il conviendrait d'arriver lorsque, grâce à la juridictionnalisation de la compliance, notre système juridique sera arrivé à une meilleure maturité<sup>21</sup>.

Cela suppose d'une façon plus générale que les juridictions elles-mêmes traitent les causes qui leur sont soumises d'une façon spécifique lorsque celles-ci présentent une dimension de compliance.

20. Sur cette notion de virtualité, qui permet de traiter immédiatement les risques du futur (ici le risque d'une sanction), M.-A. Frison-Roche, « L'immatériel à travers la virtualité », préc.

21. M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », *in* cet ouvrage.

## II. LA TRANSFORMATION DE L'OFFICE DU JUGE CONFRONTÉE AUX CAUSES IMPLIQUANT LE DROIT DE LA COMPLIANCE

19. **La spécificité des causes portant sur des enjeux de compliance.** Parce qu'il s'agit de faire place à cette nature des choses dont l'État de droit confie la garde au juge et à l'avocat, le droit processuel doit s'ajuster lui aussi à ce qu'est l'extraordinaire droit de la compliance lorsque des cas impliquant celui-ci sont portés à la connaissance du juge. En effet, le droit de la compliance est extraordinaire en ce qu'il exprime la prétention politique d'agir dès maintenant pour que l'avenir ne soit pas catastrophique, notamment en détectant et en prévenant la réalisation de risques systémiques, voire qu'il soit meilleur, en construisant notamment une égalité effective ou un souci réel d'autrui. Le fait qu'il s'agisse d'une branche du Droit essentiellement *ex ante* n'exclut en rien les disputes, et pas davantage les sanctions, chacune des branches du Droit s'ouvrant en outre aux techniques de compliance – droit des contrats, responsabilité civile, droit public, droit de l'environnement, droit international, droit de l'arbitrage, etc., indépendamment même du contentieux propre aux obligations de compliance. Comment l'avocat qui, à un titre ou à un autre, représente un intérêt dans une telle cause, va-t-il porter cet intérêt ? Et comment le juge va-t-il reconnaître et traiter une telle cause ?

20. **La cause dans laquelle le droit de la compliance est impliqué : cause systémique.** Parce que c'est l'enjeu qui définit cette nouvelle branche du Droit, enjeu systémique disputé, éventuellement disputé par plusieurs parties devant le juge, celui-ci doit en tenir compte d'une façon essentielle. En effet, que le contentieux soit civil, pénal, administratif, qu'il soit national, européen, international, arbitral, etc., l'on retrouve toujours la même perspective processuelle qui est spécifique à ces causes soumises ainsi au juge : leur dimension systémique.

21. **Les conséquences processuelles des causes systémiques dans lesquelles le droit de la compliance est impliqué.** Le droit de la compliance est par nature systémique, qu'il s'agisse de détecter et de prévenir des défaillances systémiques ou qu'il s'agisse de promouvoir et de construire des systèmes vertueux. Les contentieux qui peuvent naître de son application sont donc par nature des « causes systémiques »<sup>22</sup>.

---

22. Sur cette notion nouvelle de « causes systémiques », confrontées à l'office du juge, v. colloque à la Cour de cassation, 5 juill. 2022, *L'office du juge et les causes systémiques*, coordonné par M.-A. Frison-Roche, avec les interventions de Ch. Soulard, F. Raynaud et F. Ancel. Les articles découlant des interventions sont à paraître, not. M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la cause systémique ». V. le document de travail sous-jacent à celui-ci, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant un juge », 2022 (<https://mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>).

**22. Considérer que les systèmes sont eux-mêmes impliqués dans la procédure, voire dans la décision.** Parce que le droit de la compliance met toujours en cause un système, en ce qu'il a pour objet de protéger un système de dangers ou d'améliorer un système, il faut considérer que non seulement le juge doit veiller aux conséquences que sa décision particulière peut avoir sur les systèmes, ce qui est sans doute une attention à avoir dans toute activité de jurisprudence, mais il faut considérer que plus fortement et radicalement le système lui-même est dans la cause.

C'est pourquoi a été proposée par ailleurs la notion de « cause systémique »<sup>23</sup>, qui vise en effet les contentieux dans lesquels ce sont les intérêts des systèmes qui sont directement en cause dans les faits et les prétentions articulés devant le juge, soit par un effet collatéral engendré par une prétention d'une partie (notamment à l'occasion d'une action en responsabilité), soit parce que le système lui-même (dont parfois certains ont voulu, par cela même, lui accorder une personnalité morale, notamment le système de marché) peut avoir des « prétentions » et former des allégations, notamment par le biais des autorités de régulations. Dans un tel cas, il est essentiel que le juge fasse place aux systèmes impliqués en permettant d'une façon ou d'une autre que les arguments qui concernent directement ses intérêts puissent être spécifiquement exprimés dans la procédure elle-même, puis pris en considération dans le jugement<sup>24</sup>.

**23. Considérer que l'avenir est lui-même l'objet de la décision, sa connaissance étant un élément central de la procédure.** De la même façon, le système concrètement impliqué n'est pas tant le système passé, ni même le système présent, mais le système futur : celui dont il faut détecter et prévenir les catastrophes, celui dont il faut construire les améliorations. Sur la substance des choses, cela se traduit par une « responsabilité *ex ante* » des parties au litige, et une nouvelle conception de la notion même de litige qui prend la même ampleur que les systèmes impliqués<sup>25</sup>, le juge devant comprendre et anticiper la configuration future que les systèmes impliqués doivent ne pas avoir (s'il s'agit d'éviter qu'ils ne soient frappés de catastrophes systémiques, ce qui correspond à la catégorie des « buts monumentaux négatifs »<sup>26</sup>) ou la configuration future que ceux-ci doivent avoir (s'il s'agit de construire des systèmes plus vertueux, ce qui correspond à la catégorie des « buts monumentaux positifs »<sup>27</sup>). Les contentieux seront donc plus longs et plus experts.

23. M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant un juge », préc.

24. Pour plus de développements techniques, v. M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant un juge », préc.

25. Sur l'accroissement de cette ampleur, v. N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », in cet ouvrage.

26. M.-A. Frison-Roche, « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p.21-44.

27. *Ibid.*

L'avenir des systèmes étant donc dans les causes systémiques auxquelles le droit de la compliance donne par nature naissance, parce que la connaissance de l'avenir étant chose difficile, les scientifiques étant encore les mieux placés pour en parler, cela justifie une place particulière pour eux dans tous les contentieux de compliance, tous les systèmes présentant une dimension technique et scientifique très importante, qu'il s'agisse de la finance, de la banque, des données, du climat, du numérique, de l'intelligence artificielle, etc.

**24. Ouvrir le débat contradictoire aux divers intérêts concernés par l'avenir du système impliqué par la cause.** Cela ne signifie pas que le droit processuel classique doive être effacé, qu'il faille oublier Motulsky, le juge ne devant plus être que le scribe des savants ou recopier ce qu'auraient produit les algorithmes : le principe romain doit au contraire être plus que jamais suivi : *audi alteram partem*.

En effet, les systèmes ont des intérêts qui leur sont propres, le plus souvent défendus par les autorités de régulation et de supervision, intérêts qui ne coïncident pas forcément avec l'intérêt de tous ou qui ne coïncident pas avec l'intérêt de tout le monde sur la planète, car il faut tenir compte du fait que le droit de la compliance a un rapport moins strict avec le territoire que ne l'ont les branches plus classiques du Droit<sup>28</sup>. Il faut donc non pas que ceux qui parlent pour eux imposent leur point de vue mais que leurs propos d'experts participent au débat contradictoire organisé par le juge. Dans ce débat contradictoire, sous forme écrite mais aussi orale, les travaux savants auxquels les parties recourent gagneraient à être débattus, et les tribunaux devraient, comme l'ont fait de grands juges, recourir plus fréquemment à des *amici curiae*<sup>29</sup>. Le statut que le droit américain donne à l'expert est en cela exemplaire et gagnerait ici à être repris<sup>30</sup>, pour rendre compte de la place que le système pourrait avoir dans l'organisation par le juge de la procédure qui lui ferait ainsi une juste place.

Par la suite le jugement devrait, comme il le fait à l'égard des divers intérêts en présence, répondre aux intérêts du système impliqué par le cas, même si les parties au différend sont plus étroites, par exemple deux entreprises qui se disputent, que le litige qui, lui, parce qu'il s'agit d'une question de compliance, fait place au système. C'est aussi pour cela que le ministère public, même s'il ne s'agit que d'un contentieux dit « civil », devrait avoir son mot à dire, puisque

---

28. M.-A. Frison-Roche, « Le principe de proximité systémique active, corolaire du renouvellement du Prince de Souveraineté par le droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p.501-520.

29. Pendant le temps de rédaction de cette étude, une telle mesure d'instruction fût décidée par le président du Tribunal judiciaire de Paris dans un cas concernant le devoir de vigilance. V. O. Dufour, « Total en Ouganda : le Tribunal de Paris fait appel à des *amici curiae* sur le devoir de vigilance », *Actu-juridique*, 27 oct. 2022.

30. Dans ce sens, O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2005.

nous sommes dans une branche du Droit qui implique les systèmes et l'avenir de ceux-ci, ce qui ne se coule dans aucune des trois procédures traditionnelles (civile, pénale, administrative).

**25. Concevoir un office du juge *ex ante* en adéquation avec le droit de la compliance.** Le juge, ainsi éclairé par un débat auquel les parties concernées, celles aux prises avec un différend singulier, les parties prenantes parce que concernées y compris dans le futur et le système lui-même dont la voix est portée plus particulièrement par les autorités administratives mais aussi par les organisations professionnelles, le juge doit, comme l'écrivait Motulsky, rester le maître de l'organisation procédurale y compris pour conduire ces différentes parties à s'entendre, ce qui ramène à la définition du droit de la compliance comme une alliance entre les forces des uns et des autres pour atteindre les buts posés.

Dans le même sens, le juge doit développer un office *ex ante*, consistant à élaborer des jugements ayant pour objet l'avenir des systèmes et des êtres humains qui y vivent, puisque, de la même façon que le droit de la compliance repose sur la puissance des opérateurs cruciaux pour que, de gré ou de force, ceux-ci en fassent usage pour le bien des systèmes et des personnes, la puissance considérable des juges ait, elle aussi, comme objet l'avenir.