

Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

*Agrégée des Facultés de Droit,
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Il n'y a pas d'État de droit sans juge. L'on peut donc comprendre que les mécanismes de compliance sont présentés avec hostilité s'ils paraissent conçus pour éloigner le juge. De solides arguments conduisent en effet à considérer les techniques de compliance comme convergeant vers l'idée, voire l'idéal, d'un juge inutile (1). En pratique dans les situations de compliance l'on croise certes des magistrats, de toutes sortes et de très puissants, mais cela serait donc signe d'imperfection : lorsque la logique *ex ante* de la compliance se sera déployée dans toute son efficacité au sein des entreprises, le juge ne serait plus requis... Et l'avocat disparaîtrait donc avec lui...

Cette perspective d'un monde sans juge, sans avocat et finalement sans ce Droit méritant sa majuscule, réduit à un système réglementaire où des algorithmes pourraient organiser par de multiples *process* en *ex ante* la « conformité » de tous nos comportements à toute la masse de textes techniques qui nous est applicable, exige que l'on revienne sur la définition de cette nouvelle branche du Droit, souvent présentée comme la concentration des *process* qui donne pleine efficacité à toutes les règles de droit, cela ne méritant alors en effet que des minuscules, sans considération de la teneur de toutes ces règles.

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/ne-jamais-exclure-juges-et-avocats-de-la-complianc/>

À supposer même que ce rêve d'ingénieur soit réalisable, l'on ne peut pourtant faire ainsi l'économie des juges et des avocats. Il est même impérieux de reconnaître les apports du juge et de l'avocat au droit de la compliance, apports liés, apports inestimables (II).

Tout d'abord parce qu'un pur *ex ante* n'a jamais existé. Même au temps des légistes², il fallait encore des personnes pour interpréter les règlements, car une prescription doit toujours être interprétée en *ex post* par un personnage qui doit de toutes les façons répondre aux questions, qu'elles soient formulées par le despote réglementateur lui-même ou par les sujets de droit dès l'instant que le système politique admet d'attribuer à ceux-ci le droit de construire des prétentions devant le juge³.

L'office de l'avocat, bien qu'articulé à celui du juge, est distinct de celui-ci. Il est plus restreint et plus large, puisque l'avocat doit apparaître dans tous les cas où la figure juridictionnelle se met en place. Or, le droit de la compliance a multiplié celle-ci au-delà des juges, prolongeant en cela le mouvement du droit de la régulation : comme celui-ci, la compliance confie de nombreux pouvoirs juridictionnels aux autorités administratives, mais c'est d'une façon propre et spectaculaire qu'il transforme les entreprises en juges. À cela, l'avocat doit faire face, en interne comme en externe.

Plus encore, le droit de la compliance ne prend son sens qu'à partir des buts monumentaux qu'il sert⁴. C'est en cela que cette branche du Droit préserve la liberté des êtres humains, notamment dans l'espace numérique où les techniques de compliance les protègent de la puissance des entreprises, en contraignant celles-ci à user de cette puissance pour protéger les personnes, notamment dans le maniement des données.

Or, en premier lieu, ce sont les juges qui, dans leur diversité⁵, imposent comme référence la protection des êtres humains, soit comme limite à la puissance des instruments de compliance soit comme finalité même de ceux-ci. En second lieu, l'avocat, là encore se distinguant du juge, vient au besoin rappeler que toutes les parties dont les intérêts sont impliqués doivent être prises

2. L'empire chinois n'a semble-t-il jamais apprécié les juges, ne leur faisant place que sous la forme de serviteurs purs de l'État, qu'ils soient des enquêteurs, des punisseurs et de gardiens de l'ordre public. Sur cette période particulièrement sanglante des *légistes*, où le principe de « certitude » de la législation a été portée à ses nues, v., J. Escarra, « La conception chinoise du droit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, vol. n° 1, p. 7-73.

3. N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2018.

4. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022.

5. L'objet du présent article est général. Pour une étude plus analytique, v., M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », *in* cet ouvrage.

en considération. Dans un Droit toujours plus souple et dialogal⁶, chacun se présente comme « l'avocat » de tel ou tel but monumental : l'avocat est légitime à être le premier à occuper cette place.

I. LA COMPLIANCE, UNE *TOOL BOX* POUR RENDRE LE JUGE INUTILE ?

Les mécanismes de compliance semblent avoir été inventés pour que les entreprises puissent enfin ne plus être confrontées aux juges. En effet, si les outils de compliance, qui sont en *ex ante*, fonctionnent bien, alors le recours au juge deviendrait, en *ex post*, inutile (A), la disparition souhaitée du juge entraînant avec elle celle de l'avocat. Ce projet est porté plus particulièrement par ce qui est appelé « l'intelligence artificielle » (B). Le mécanisme de la convention judiciaire d'intérêt public a lui-même été conçu pour éteindre l'action menant au juge (C).

A. LE JUGE ET L'AVOCAT, PAR NATURE INUTILES DANS UNE COMPLIANCE BIEN FAITE ?

On peut prétendre que le juge serait inutile, voire incongru dans la compliance pour la raison la plus simple : le juge est un personnage de l'*ex post*, tandis que les outils de la compliance relèvent de l'*ex ante*.

Si l'on définit le droit de la compliance comme ce qui obtient des entreprises qu'elles donnent à voir en permanence à tous la « conformité » de leurs structures et des comportements des personnes dont elles répondent aux réglementations qui leur sont applicables⁷, définition si courante justifiant qu'on l'appelle alors plus volontiers le « droit de la conformité »⁸, cette exigence prend la forme de multiples techniques : la cartographie des risques, les engagements, l'élaboration de plans et de normes de comportements visés par des documents-cadres et des chartes, l'ensemble corrélant les entreprises aux réglementations extérieures qui les concernent.

Ces outils de la compliance⁹ ont des portées très diverses. Le Droit y est si assoupli que l'on associe très fortement compliance et droit souple. Ils sont

6. F. Jacques, *Dialogiques. Recherches logiques sur le dialogue*, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1979.

7. Sur la définition du droit de la compliance, v., M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., spéc. « Les buts monumentaux, cœur battant de la compliance », p. 21-44 ; sur les enjeux pratiques de cette définition, « Fonder la compliance », in *Compliance et Éthique des affaires, Revue de l'ACE*, sept. 2022.

8. M.-A. Frison-Roche, *Droit de la compliance*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », à paraître.

9. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2021.

effectivement parfois dotés de force simplement incitative, étant alors souvent présentés comme de nature éthique (portés notamment par le souci d'autrui) et peuvent à ce titre avoir un rayonnement « communautaire ». Cette communauté de personnes, par exemple des investisseurs ou des internautes, peut se fonder sur une culture partagée qui se joue des frontières juridiques, si l'on prend l'exemple des « normes de communauté »¹⁰, courantes dans l'espace numérique. La norme souple de compliance touche alors les personnes du monde entier, ce qui la rend plus puissante que des lois et règlements étatiques, lesquels ne déploient leur effet *erga omnes* que sur un territoire limité¹¹. Cette perspective globale peut aussi tenir à ce que la norme de compliance est basée sur des calculs à long terme, par exemple en matière financière et énergétique¹². Lorsque les obligations de compliance prennent la forme de clauses contractuelles, notamment dans des chaînes économiques d'approvisionnement, elles s'imprègnent quant à elles de la force obligatoire du contrat¹³. Mais les dispositifs se dotent d'une portée plus contraignante lorsqu'ils sont formulés par la loi¹⁴. Ils le sont si souvent : qui ignore l'existence de la loi dite « Sapin 2 », ce par quoi semble commencer tout apprentissage des dispositifs de compliance ?

Dans cet éventail de mécanismes, tous ces outils sont toujours *ex ante*, et s'ils fonctionnent bien, le juge ne serait pas utile. Certes, depuis toujours l'on sait que même dans l'*ex ante* le regard ultérieur du juge viendra et l'on a toujours su que la jurisprudence était, dans sa force créatrice, rétroactive. L'on sait aussi que dans le contrat, le juge est virtuellement présent, la virtualité du juge de l'inexécution accroissant la certitude de l'exécution. L'on sait encore que la norme pénale est indissociable du procès pénal, lequel n'a de sens que par rapport au juge, la célèbre loi « Sapin 2 » étant dans la main du procureur, magistrat qui n'apparaît que dans une procédure pénale.

Le juriste le sait. Mais la compliance n'est pas qu'affaire de juristes. Parce que le droit de la compliance est une branche du Droit très nouvelle et que

10. Par exemple les « normes de communautés » de l'entreprise globale *Meta*, sur la base desquelles les conflits sont tranchés et les sanctions sont prononcées par un organe établi par le groupe lui-même, l'*Oversight Board*, compétent pour l'ensemble des sociétés à l'intérieur du groupe.

11. Sur le renouvellement de la souveraineté dans des espaces sur lesquels les frontières ont peu prise, comme l'espace numérique, v. M.-A. Frison-Roche, « Le principe de proximité systémique active, corollaire du renouvellement du principe 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.

12. L. Benzoni, « Commerce international, compétitivité des entreprises et souveraineté : vers une économie politique de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 501-520.

13. M.-A. Frison-Roche (dir.), « Contrat de compliance, clauses de compliance », D. 2022, chron., p. 2115-2117.

14. L'ensemble de ces sources se cumulent et s'articulent. Notamment en matière financière, v. la description qu'en fait Olivier Boulon, « Compliance et régulation financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », in N. Borgo, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, op. cit., p. 167-192.

ses outils sont souvent à juste titre dessinés par des spécialistes d'autres disciplines, financiers, ingénieurs ou *data scientists* notamment, les instruments de compliance sont conçus comme le moyen, parfois présenté comme infaillible, de sécuriser l'entreprise pour lui permettre de toujours « se conformer », d'en offrir la preuve permanente, et de ce fait de se soustraire à celui qui sanctionne les manquements et connaît des contestations : le juge.

Cette conception systémique d'une entreprise qui « toujours se conforme » et donne toujours à voir sa « conformité » rendrait donc le juge inutile.

C'est à quoi aspirent beaucoup d'entreprises, d'autant plus qu'on leur présente le juge pénal comme étant le seul juge concerné par la matière... : c'est bien parce qu'on leur présente ainsi le droit de la compliance qu'elles perçoivent très logiquement l'intervention d'un juge comme un « cauchemar »¹⁵, ou à tout le moins comme une intrusion. De cela, la performance des algorithmes devrait les préserver par la *compliance by design*.

B. LA COMPLIANCE BY DESIGN, EXPRESSION DU RÊVE DU JUGE INUTILE ?

On explique souvent que l'aptitude des algorithmes permettrait d'assurer non seulement la détection et la prévention des non-conformités, mais encore une conformité de l'entreprise à la réglementation (1). Cela rendrait donc le juge et l'avocat inutiles, impliquant que leur présence même serait un signe de dysfonctionnement de la compliance (2).

1. La présentation de l'aptitude des algorithmes à obtenir une conformité de l'entreprise et de ceux dont elle répond à la réglementation applicable

La *compliance by design* est parfois appelée *Automated Compliance* : le bénéfice est en effet dans l'automatisme permettant d'éliminer cet « aléa » que constitue l'être humain, « l'aléa judiciaire » n'étant qu'une illustration particulièrement crainte par les entreprises dans le répertoire des risques à repérer, évaluer et à minimiser.

La performance technologique des algorithmes pourrait conduire à cette réduction. Elle est décrite en trois étapes. Il existerait des algorithmes désormais si adaptés et si évolutifs qu'ils pourraient **accumuler** toutes les informations juridiques disponibles, dites « données réglementaires » (première étape), les **agencer** les unes par rapport aux autres (deuxième étape) afin de **détecter** automatiquement les non-coïncidences entre cette « réglementation »

15. M.-A. Frison-Roche, « Le droit rêvé de la compliance », document de travail pour la contribution « La compliance » in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au xxi^e siècle*, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2020, p. 97-108.

et les comportements des personnes dont l'entreprise doit répondre (troisième étape).

Par cet apprentissage, l'algorithme peut alors passer à la quatrième étape : « agir ». Cette action se déroule elle-même en deux temps. La première consiste à **alerter** sur les non-conformités. L'algorithme peut en effet « apprendre » au fur et à mesure de tous les cas qui se présentent, apprendre des ajustements successifs des textes et des décisions, pour produire automatiquement des alertes lorsque des situations dans lesquelles se situent l'entreprise et les personnes dont elle doit répondre sont prohibées par la « réglementation » : c'est l'outil des *red flags*.

Tous les spécialistes rappelant toujours que les machines ne sont que des outils, il peut arriver que l'assemblage et la confrontation entre le stock de situations « apprises », le stock de « règlements » conservés et la situation repérée n'aboutissent pas à une non-coïncidence avérée mais à un « risque de non-conformité »¹⁶. Dans ce cas, l'algorithme signale non pas un manquement acquis ou à venir, mais un risque de manquement, par l'*orange flag*, les êtres humains appréciant alors le risque : c'est le rôle des *compliance officers*¹⁷. Les managers, qui décident de la « stratégie de compliance » sur les conseils de leur *chief compliance officer*, donnent le plus souvent comme consigne soit de ne pas prendre un tel risque, soit d'aller l'exposer aux autorités publiques compétentes, afin de ne pas encourir de sanction. En effet, dans cette conception mécanique, l'enjeu pour l'entreprise est de ne pas encourir de sanctions.

Ce dernier traitement de l'information est d'autant plus logique que ces autorités publiques affirment venir elles-mêmes en *ex ante*, être « l'avocat » des règles dont le respect est requis et se présentent comme étant « en appui » des entreprises¹⁸ pour que celles-ci n'encourent pas de sanctions, les autorités trouvant cette façon de faire plus efficace que d'être en embuscade pour sanctionner. C'est notamment ce qu'affirment l'Autorité de la concurrence dans son document-cadre du 24 mai 2022 *sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*¹⁹ et l'Agence française anticorruption qui publie de nombreux

16. Sur le non-sens juridique que constitue pourtant et par ailleurs cette notion même de « risque de conformité », visé dans la technique de la cartographie des risques, v. M.-A. Frison-Roche, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », *D.* 2019, Chron. p. 2432-2434 ; « Dresser des cartographies des risques comme obligation et le paradoxe des "risques de conformité" », in *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 53-62.

17. Sur le rôle des *compliance officers* à travers un usage actif du principe de proportionnalité, v. l'article prospectif remarquable de Lucien Rapp, « Proportionnalité et Normativité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 177-198.

18. V. par ex. B. Lasserre, in *Revue Concurrences*, *Dictionnaire du droit de la concurrence*.

19. Dans ce texte de droit souple, l'autorité se présente, en y associant la DGCCRF, comme des « partenaires institutionnels » de l'entreprise (n° 48 s.), jouant un « rôle important d'animatrice de la culture de conformité » (n° 49). Cela prend la forme des décisions elles-mêmes en tant qu'elles constituent un système de référence, la forme de leur pratique consultative, et de divers « outils de conformité » de nature principalement pédagogique

guides pour venir en aide aux entreprises, rattachant expressément ces guides à sa fonction d'appui, à laquelle se consacre un service spécifique de l'Agence.

De cet apprentissage, ces « intelligences sans intelligence » que sont les algorithmes apportent à l'entreprise la connaissance de ses « risques de non-conformité », auxquels celle-ci, ayant le souci de n'être pas sanctionnée et aidée en cela par l'autorité publique dotée de ce pouvoir de sanction, se soumet mécaniquement.

Une telle « efficacité » incite à vouloir aller plus loin dans l'action mécanique des algorithmes. En effet, ceux-ci peuvent produire du savoir non seulement sur les « non-conformités » mais encore produire de la « conformité », l'apparition de *green flags* ayant déjà rassuré l'entreprise sur sa conformité par rapport à son « environnement réglementaire ». Allant plus loin, les algorithmes peuvent réajuster une entreprise « non conforme » à son environnement pour qu'elle le devienne, ou bien construire l'entreprise et ses liens futurs avec les fournisseurs, les investisseurs, les employés, etc., pour qu'ils soient « toujours conformes ». Pour cela, les algorithmes qui détectent « conformité » et « non-conformité » peuvent être associés à d'autres, qui engendrent des *smart contracts*²⁰.

Sont alors écrits avec le même automatisme et la même indifférence au contenu des clauses « conformes à toute la réglementation applicable » les contrats pouvant enfin être « certifiés » conformes à celle-ci, tandis que les stipulations dans les projets, voire dans les simples échanges, par exemple de courriels ou de discussions téléphoniques enregistrées, peuvent être détectées comme « non conformes » et entraîner une intervention de l'entreprise avant tout échange possible de consentements des parties, les comportements détectés comme non conformes à une clause actée comme « conforme » pouvant en dernier lieu être sanctionnés par l'entreprise, par exemple par une sanction disciplinaire²¹.

(v. dans cette dimension d'une autorité avant tout pédagogue, M.-A. Frison-Roche, « La formation : contenu et contenant du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 227-244, spécialement la conclusion, p. 243). Sur le peu d'ambition qu'une telle conception représente, v., J.-Ch. Roda, « Quelle ambition pour la compliance en droit de la concurrence », *Revue de l'ACE*, sept. 2022.

20. Sur le phénomène général des *smart contracts*, puisque moins il y a d'intelligence humaine et plus c'est ce vocabulaire-là qui est utilisé, alors qu'il n'y a dans ce mode de gestion des opérations que très peu d'intelligence et très peu de contractuel, v. not. A. Rocher, « Considération d'épistémologie juridique sur les *legaltechs* », *RTD com.* 2022. 13 s.

21. Sur l'exercice du pouvoir disciplinaire basé sur une logique de compliance, v., M. Segonds, « Compliance, proportionnalité et sanction », in M.-A. Frison-Roche (dir.) *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 231-244 ; sur un licenciement qui pourrait être prononcé par l'algorithme lui-même, v., L. Gamet, « L'intelligence artificielle et la gestion du personnel », in M. Mekki (dir.), *L'intelligence artificielle et la gestion des entreprises*, Cour de cassation, cycle de conférences *Intelligence artificielle et intelligence juridique*, 1^{er} juill. 2022.

En passant ainsi de l'aptitude algorithmique à repérer la « non-conformité » des dispositifs structurels et des comportements à l'aptitude algorithmique à imposer par une sorte de machinerie *by design* la conformité des structures et des comportements, puisque l'écriture des normes secondaires (les structures sociétaires ou les contrats) ne pourra qu'être conforme à la réglementation²², la performance et la neutralité technologiques offriront à l'entreprise l'assurance d'être « conforme à la réglementation ». Il n'y aura plus de manquement. Il n'y aura plus de juge.

Certes, cela suppose deux choses. En premier lieu, cela suppose que l'intelligence artificielle puisse parvenir à cet exploit de saisir le sens de la « réglementation », terme qui désigne toujours le Droit dans les présentations sur l'intelligence artificielle et notamment le sens que le juge lui donnera. En second lieu, cela suppose que le droit de la compliance se définisse comme le fait pour une entreprise de se conformer à la réglementation.

Or, ces deux présupposés très mécaniques sont inexacts, en ce que le premier voit le Droit, pourtant si vivant et si changeant, comme une « masse réglementaire », en ce que le second voit la compliance comme une « conformité ».

Plus nous allons dans une définition de la compliance comme le fait de « se conformer en tout point et par avance à la totalité de la réglementation qui nous est applicable », masse réglementaire à laquelle nous réduisons le Droit, et plus nous devons nous en remettre aux algorithmes. Or, à lire Yann LeCun, référence théorique et pratique en matière d'intelligence artificielle, pour que les algorithmes deviennent véritablement « intelligents », c'est-à-dire acquièrent un « sens commun », il faudrait un approfondissement radical du *deep learning*, progrès que cette technique ne parvient pas à faire et peut-être ne pourra pas faire, sauf aux mathématiciens qui l'élaborent à changer de conception²³, pour en adopter une nouvelle qui resterait à élaborer.

En outre, si l'on distingue la masse réglementaire du Droit, le « sens commun » du Droit est ce que nous pourrions appeler le « sens de la justice ». La réglementation n'en a peut-être pas besoin. Mais c'est précisément ce qui fait la différence entre un État de droit et un système réglementaire. Et c'est le juge et l'avocat, chacun dans leur rôle, qui en ont la garde²⁴.

22. Sur la distinction illusoire entre les normes premières, là où il y aurait du « sens », logées chez le législateur, et les normes secondaires, là où il n'y aurait que de l'application neutre des premières, les algorithmes se chargeant donc de cette sorte d'intendance, v., C. Granier, « L'originalité normative de la Compliance *by design* », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 267-278.

23. Y. LeCun, « A Path Towards Autonomous Machine Intelligence », *Position Paper*, 27 juin 2022.

24. Pour le juge, v., M.-A. Frison-Roche, « Le juge et le sentiment de justice », in *Mélanges Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 41-53 ; pour l'avocat, M.-A. Frison-Roche, « Fonder la compliance », préc. ; pour ce qui unit les deux, à savoir la

Si l'on pense que nos sociétés doivent demeurer régies par l'État de droit et non pas par la masse réglementaire, et que nous constatons que l'intelligence artificielle n'est pas apte à saisir ce sens de la justice, alors c'est la définition même de la compliance qui ne doit surtout pas être réduite à la « conformité à la masse réglementaire ». La place des algorithmes en devient alors limitée²⁵.

Il demeure que très souvent l'on présente les algorithmes comme l'Alpha et l'Omega de la conformité. La compliance serait donc une discipline relevant avant tout des mathématiciens, selon des élaborations dans lesquelles les spécificités culturelles et les profondeurs culturelles auraient été absorbées par cette « masse réglementaire » qui agirait un peu comme une éponge.

Dans cette conception, très répandue, s'il y a un juge, c'est parce qu'il y aurait eu des dysfonctionnements.

Il ne serait donc pas signe de vitalité du système, mais signe de sa faiblesse.

2. Le juge, signe de dysfonctionnements dans le système mécanique de conformité

Dans cette perspective, le juge ne devrait donc intervenir que lorsque les machines n'auraient pas fonctionné efficacement, c'est-à-dire n'auraient pas détecté les non-conformités, n'auraient pas prévenu l'entreprise de celles-ci, n'auraient pas rédigé les contrats qualifiés d'« intelligents », n'auraient pas censuré par avance les clauses non conformes.

Le juge apparaîtrait pour sanctionner un dysfonctionnement. Le juge ne serait ainsi lui-même que le signe du progrès que devrait encore accomplir le système pour devenir parfait, le personnage de la transition.

Dans ce laps de temps de transition vers ce qui serait le progrès, menant vers un monde gouverné par des *process* mécaniques, cette conception du juge encore présent a plusieurs conséquences.

En premier lieu, c'est avant tout le juge de la sanction qui doit intervenir, puisque c'est un rapport unilatéral de l'entreprise et de la norme qu'il s'agit de rectifier, la sanction ayant elle-même un rôle correcteur. *L'ex ante* continue de prévaloir par l'injection dans l'entreprise d'une leçon, au sens premier du terme, c'est-à-dire de l'information sur sa non-conformité passée pour qu'elle organise à l'avenir plus solidement sa conformité. La « peine de conformité », prévue à l'article 131-39-2 du Code pénal²⁶ comme peine

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

25. M.-A. Frison-Roche, « La place de l'intelligence artificielle dans le respect de la Compliance dans l'entreprise : la juste mesure », à paraître.

26. « I. – Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un délit peut être sanctionné par l'obligation de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française

complémentaire a pu être critiquée en ce qu'elle aurait pu aussi être conçue comme une peine autonome, puisqu'il s'agit davantage d'une pédagogie pour l'avenir que d'une peine pour le passé, pouvant être appliquée à titre principal et suffisant²⁷.

En second lieu, c'est un juge qui doit intervenir immédiatement, puisqu'il s'agit avant tout de repérer une « non-conformité » et d'imposer des dispositions pour l'avenir. Dès lors, tous les mécanismes qui accélèrent le temps juridictionnel sont les bienvenus, la convention judiciaire d'intérêt public illustrant d'une façon ultime cette façon de gagner du temps en supprimant le dernier pas qui mène vers la salle d'audience, la « validation » par le juge n'exprimant donc qu'un contrôle léger pour que tout aille au plus vite²⁸.

D'une façon plus générale, ce serait avant tout les juges de premier degré qui seraient concernés, les juges du Droit ne devant dans cette conception pas l'être du tout, puisque du Droit il n'y en aurait guère dans ces *process* d'effectivité de règles, dont la teneur ne serait pas en cause et puisqu'on met tant de temps pour les atteindre. C'est pourquoi l'on dit encore assez souvent que la Cour de cassation, parce qu'elle est juge du Droit, ne serait pas le juge de la compliance²⁹.

anticorruption, pour une durée maximale de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures définies au II.

II. – La peine prévue au I comporte l'obligation de mettre en œuvre les mesures et procédures suivantes : 1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; 2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale ; 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activité et des zones géographiques dans lesquels la personne morale exerce son activité ; 4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; 5° Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la personne morale, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du Code de commerce ; 6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; 7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale. »

27. J.-M. Brigant, « Les peines complémentaires dans la loi Sapin 2 : entre extension et innovation », *RLDA* 2017. 45-50.

28. Sur la question de l'intensité du contrôle, v., M.-A. Frison-Roche, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p.245-271.

29. *Contra supra*. V. aussi O. Douvreur, « Compliance et juge du droit », in cet ouvrage.

Les avocats auraient alors pour principale tâche non plus d'éviter la sanction, mais de négocier le « prix » à payer pour les imperfections passées et pour négocier les programmes pour construire un avenir de pleine conformité.

C. L'APPARITION DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC, CONCRÉTISATION TECHNIQUE DE LA MISE EN PLACE D'UNE COMPLIANCE COMME VOIE DE BIFURCATION AVANT LE JUGE

Si la convention judiciaire d'intérêt public a donné lieu à de nombreuses études³⁰, études le plus souvent critiques car présentant l'outil comme le signe de l'invasion d'un droit exogène, c'est d'abord parce que nous voyons le profil du juge américain entrer dans notre système et parce qu'elle illustre ce qui serait comme un principe d'expulsion du juge (1). Mais il s'agit plutôt d'une transformation du procureur en juge, ce sur quoi le juge de la validation n'opère qu'un contrôle assez formel (2), en raison des incertitudes marquant les qualifications juridiques de l'ensemble. Cela montre que pour l'instant le juge n'a pas encore trouvé pleinement sa place dans le droit de la compliance.

1. La CJIP, prétention à l'expulsion du juge, mécanisme lui-même globalement critiqué car taillé pour le procureur et le juge américains

L'un des griefs souvent formulé contre le droit de la compliance est que s'il a donné une place au juge, cela serait au juge américain, soit en personne, à travers l'effet extraterritorial des sanctions validées par des juridictions américaines, comme dans les cas BNP et Alstom³¹, soit en tant que modèle, la compliance étant alors le bélier de « l'américanisation du Droit »³², la loi dite « Sapin 2 » n'étant qu'une sorte de traduit-collé. Dans cette perspective critique, le peu que le juge est présent devrait donc être rejeté puisqu'il ne serait que la porte d'entrée d'une domination étrangère.

Ce qui serait une invasion n'est pourtant porté qu'accessoirement par le juge, qui valide un accord, lequel est conçu principalement par le *district*

30. Analyses pleines d'intérêt et en grand nombre, par rapport à d'autres mécanismes. V. par ex. A. Gallois, « La convention judiciaire d'intérêt public », in J.-M. Brigant (dir.), *Le risque de corruption*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2018, p. 119-128.

31. J. Morel-Morager, « La compliance financière, les enseignements de l'affaire BNP Paribas », in N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Cl. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, op. cit., p. 69-78. ; R. Bismuth, « Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *Annuaire français de droit international*, CNRS, 2015.

32. De cela, les rapports parlementaires sont exemplaires, qu'il s'agisse du rapport dit « Lellouche-Berger » (*Rapport sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, A.N., 2016), ou du rapport dit « Bonnacarrère » (*Rapport sur l'extraterritorialité des sanctions américaines*, Sénat, 2018), ou du rapport dit « Gauvain » (*Rapport pour rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, A. N., 2019).

Attorney, qui conclut un *agreement* avec la personne morale et ses mandataires sociaux, à travers ce que l'on a appelé avec pertinence les « *deals de justice* »³³. Mais à lire les rapports³⁴, cet appareillage judiciaire devrait être rejeté, comme l'est tout ce qui est attaché au droit de la compliance, en tant que bras « extra-territorial » illégitime du droit américain³⁵. C'est non seulement parce qu'il ne serait pas le nôtre qu'il doit être combattu mais encore parce qu'il nous envahirait d'une culture qui nous est étrangère : la culture du procès, alors que nous sommes construits sur une culture de la Loi, qui s'efface d'autant³⁶. C'est la même image du « spectre » qui est alors utilisée, car à la « société contentieuse »³⁷ s'articule la contractualisation du contentieux. Cela contribuerait à la dissolution de notre identité, à laquelle le Droit participe³⁸.

Tous ces travaux sont en partie fondés mais tirent des conclusions générales sur des cas bien particuliers, le plus souvent les embargos, qui sont effectivement des applications extraterritoriales injustifiables de politiques nationales, et expriment une nostalgie d'une sorte d'âge d'or sans indiquer comment ici et maintenant les problèmes systémiques globaux saisis par le droit de la compliance peuvent être affrontés par les textes nationaux ou les branches classiques traditionnellement conçus, alors que les enjeux humains et climatiques³⁹ le sont par des juges qui statuent avec des décisions de grande ampleur, la même que ceux des maux qui leur sont soumis.

En outre, le droit de la compliance ne se limite ni à la loi américaine *Foreign corrupt practices Act* (FCPA) ni à la loi française dite « Sapin 2 », textes traitant du

33. A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisé*, PUF, 2013. Dans cet ouvrage d'un ton généralement critique, lire plus particulièrement la contribution d'Olivier Boulon, « Une justice négociée » (p. 41-78), qui montre les avantages techniques du *Deferred Process Agreement*. La difficulté vient surtout que la loi française n'a pas pris l'ensemble du mécanisme, empruntant certains, en laissant d'autres, ce qui engendre par cette greffe incomplète un déséquilibre dans le régime. V., B. Sillaman, « Secret professionnel et coopération : les leçons de procédure tirées de l'expérience américaine pour une application universelle », in cet ouvrage.

34. Principalement le rapport dit « Gauvin », préc.

35. Rapports dits « Lellouche-Berger » et « Bonnacarrère », préc.

36. Sur l'effacement de la culture de la loi, P.-Y. Gautier et Ch. Perché, « De l'abdication de la loi », in *Textes en hommage à Jean Foyer. Les métamorphoses de la loi*, Éditions Panthéon-Assas, 2022, p. 233-251.

37. L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu. Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 29-50 ; v. aussi par ex. le chapitre 3 consacré à la contractualisation de la justice in Ch. Jarrosson, P. Ancel, P. Couvrat, J.-L. Nadal et Y. Gaudemet (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, coll. « Droit et Justice », 2003, p. 185-219.

38. Carbonnier dessinant le Code civil comme « lieu de mémoire » : J. Carbonnier, « Le Code civil I », in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, III. *La Nation*, 2. *Le territoire, l'État, le patrimoine*, coll. « NRF – Bibliothèque illustrée des histoires », Gallimard, 1986, p. 293-315.

39. Les deux n'ayant pas à être distingués, comme le démontre Christian Huglo : « À quelles conditions le Droit climatique pourrait-il constituer un but monumental prioritaire ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 169-174.

thème particulier de la corruption qui n'est qu'un exemple du droit de la compliance. Celui-ci vise tout un ensemble de mécanismes qui mettent à la charge d'entreprises en position de le faire l'obligation de concrétiser des obligations que l'on aurait dites naguère de « service public », comme la protection des données ; ainsi l'activité de la CNIL, voire de l'Arcom, se développe aujourd'hui essentiellement dans le droit de la compliance. De la même façon, la notion de « vigilance » va se déployer avant tout pour protéger les êtres humains et obtenir que quelque chose soit effectivement et efficacement fait en matière climatique, la portée extraterritoriale des dispositifs étant alors saluée et reconnue comme consubstantielle au sujet, l'ensemble étant confié aux tribunaux.

Le droit de la protection des données, qu'elles soient à caractère personnel ou non, est né en Europe et non aux États-Unis, et s'il y a exportation, c'est de l'Europe vers les États-Unis qu'elle s'opère, et c'est le juge européen qui l'a avant tout conçu et appliqué⁴⁰, soit pour imposer la transmission des informations, soit pour l'interdire, en créant par exemple le « droit à l'oubli » ou en entravant la circulation outre-Atlantique des informations pour protéger les personnes concernées. De la même façon, les enjeux systémiques climatiques sont avant tout protégés par les juges. Si nous voyons avec tant d'hostilité les juges, à propos des sanctions internationales pour blanchiment d'argent ou corruption, ou si nous les percevons comme l'objet de contournements efficaces, c'est parce que pour l'instant nous n'avons pas une vision globale du droit de la compliance.

Parce que l'unité substantielle de la branche du Droit que constitue déjà le droit de la compliance n'est pas encore pleinement perçue, tandis qu'elle se déploie sous nos yeux, unité constituée par le but monumental de la protection des êtres humains, prétention exprimée par les pouvoirs politiques et concrétisée par les opérateurs cruciaux en position de le faire, le juge peut donc être considéré comme inutile.

Le juge est effectivement inutile dans une conception mécanique de mise en conformité des organisations par rapport à des réglementations ; mais il est central dans un droit de la compliance qui se définit par la prétention de protéger les êtres humains, prétention politique majeure dont il partage avec l'avocat la garde et qui est la marque, lourde et coûteuse, joyau des États de droit.

Pour l'instant, il semble bien que la convention judiciaire d'intérêt public n'ait pas été digérée par le droit français, car ni le procureur ni le juge n'y tiennent vraiment leur rôle.

40. Comme l'a rappelé le Président Koen Lenaerts lui-même dans son article « Le juge de l'Union européenne dans une Europe de la compliance », l'article ouvrant l'ouvrage précité *Pour une Europe de la Compliance*, JORC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », p. 1-12.

2. Un résultat ponctuellement obtenu : un procureur transformé en juge et un juge de la validation qui cherche ses marques

Les textes sont clairs et le mécanisme souvent décalqué de celui de la composition pénale⁴¹. C'est le Code de procédure pénale qui organise le mode d'extinction de l'action publique, par son article 41-1-2. Ce n'est donc pas l'échange de deux volontés, celle du procureur et celle de la personne morale (exprimée par son mandataire social) qui produit l'extinction de l'action publique, mais le pouvoir du procureur qui émet une « proposition » dans un cadre strictement établi par la loi pénale, proposition qui doit être validée ultérieurement par le président du tribunal judiciaire, même si l'ensemble du processus n'est efficace que si cette proposition reçoit l'acceptation pure et simple de la personne morale.

Le législateur a pris soin d'utiliser le terme de « convention » pour indiquer que les deux doivent effectivement « convenir » de ce que seront les termes des obligations pesant sur l'entreprise, termes proposés par le procureur, mais ce ne sont pas leurs volontés qui font naître le principal effet de cet acte : l'extinction de l'action publique, Jean-Claude Marin qualifiant cette convention d'une nouvelle expression du pouvoir d'opportunité des poursuites⁴².

Le Code de procédure pénale impose la procédure et celle-ci, parce que nous sommes en matière pénale, doit être suivie à la lettre. Elle a ainsi vocation à faire l'objet d'une interprétation restrictive lorsqu'elle est source de danger pour la personne pouvant être sanctionnée et d'une interprétation *ad favorem* lorsque les règles de procédure lui sont favorables, parce que nous sommes en matière pénale et non pas en droit des contrats.

Ainsi, la proposition est émise par le procureur, et l'entreprise l'accepte. C'est un acte unilatéral accepté, car c'est toujours de l'action publique dont il s'agit.

D'ailleurs, ce sur quoi doit porter le contrôle ultérieur du juge est la proposition élaborée par le procureur et non pas la convention dont va résulter l'acceptation par l'entreprise de la proposition que lui aura faite le procureur. Que celui-ci puisse discuter avec l'entreprise, que l'entreprise ait pu même aller en premier voir le procureur pour évoquer l'idée d'une CJIP ne change pas les qualifications juridiques qui découlent des articles du Code de procédure pénale.

Que doit donc faire le procureur ? Il doit en premier lieu, comme il le fait dans son pouvoir d'opportunité des poursuites, veiller à ce que l'ordre public

41. Lesquels posent d'ailleurs difficulté au regard des principes du Droit pénal. V. Ph. Mulburn, Ch. Mouhanna et V. Perrocheau, « Controverse et compromis dans la mise en place de la composition pénale », *Arch. polit. crim.* 2005/1, n° 27, p. 151-163.

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

soit servi par ce maniement de l'action publique consistant à la fermer, mais il doit aussi veiller à ce que le principe de proportionnalité soit respecté. C'est pourquoi le contrôle ultérieur du président du tribunal porte sur la proposition élaborée par le procureur et non pas sur la CJIP elle-même, car c'est au procureur de veiller à ce que l'amende d'intérêt public qu'il propose soit « proportionnée aux profits retirés des manquements ». Expression du rapport entre le droit de la compliance et le principe de proportionnalité⁴³, c'est le rôle du procureur de veiller à la garde de l'ordre public par la CJIP, ce dont l'entreprise n'a pas à se soucier, l'acceptation qu'elle fait de la proposition ne manifestant d'ailleurs en rien une telle prise en charge.

Mais sans doute parce qu'on ne revient pas assez aux textes et qu'on utilise le terme de « contractualisation » dans un sens avant tout sociologique, puis juridique, il semble que l'on n'ait pas assez accordé d'importance à ce contrôle entre le montant de l'amende, qui n'est pas un prix (lequel résulte de l'accord des volontés et dont le caractère proportionné n'est pas en principe contrôlé par le juge) et les « profits retirés ».

Or, en demandant cela au procureur, la loi a changé son rôle : il doit bien porter un jugement sur l'amende qu'il propose à la personne morale et que celle-ci a, de par la loi, le droit d'accepter. C'est ce pouvoir organisé par le Code que le procureur exerce, qui est contrôlé par le juge et c'est cette proposition qui, dans sa conformité aux exigences de la loi, est contrôlée plus tard par le président du tribunal, une fois que la proposition a été acceptée par la personne morale.

En cela, une sorte de pouvoir juridictionnel a été conféré au procureur. Le Code de procédure pénale prévoit d'ailleurs le droit pour la personne morale d'être assistée de son avocat devant le procureur⁴⁴. La position de la victime est plus ambiguë, puisqu'elle est simplement avertie de la décision prise par le procureur de formuler une proposition de CJIP, le texte concevant son éventuelle participation comme un moyen d'éclairer celui-ci, et non de faire valoir les droits de la victime⁴⁵. Ce dernier point, qui a été contesté⁴⁶, montre une nouvelle fois que l'on est dans l'entre-deux, car si tout se fixe devant le

43. M.-A. Frison-Roche, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 245-271.

44. Article 41-1-2 du Code de procédure pénale : « Les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques. Ils sont informés, dès la proposition du procureur de la République, qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat avant de donner leur accord à la proposition de convention. »

45. Article 41-1-2 du Code de procédure pénale : « La victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice. »

46. B. Quentin, « La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable », *Aj pénal* 2021. 15 s.

procureur, notamment le montant de l'amende, ce qui justifie les droits de la défense de la personne « mise en cause » mais aussi le montant de l'indemnisation des victimes, alors pourquoi l'avocat de l'entreprise est-il là pour défendre les intérêts de celle-ci et pourquoi celui de la victime a-t-il une place moindre ?

C'est donc bien le procureur qui inflige une amende à l'entreprise, une amende qui demeure « d'intérêt public » et dont la loi prend soin de distinguer les dommages et intérêts qui peuvent revenir en outre aux victimes, y compris lorsque la victime est l'État, le Trésor public pouvant financièrement bénéficier et de l'amende et de dommages-intérêts, par exemple lorsqu'il s'agit d'une fraude, comme le montra la CJIP conclue avec HSBC⁴⁷.

Ce glissement d'un pouvoir de nature juridictionnelle, dont la loi demande au procureur l'exercice, perturbe la qualification de l'office exercé de celui qui vient après l'acceptation par la personne morale : le président du tribunal.

Celui-ci est saisi d'une requête formée par le procureur lui-même⁴⁸, et c'est la proposition de celui-ci qui doit être validée, ce qui – une fois fait – donnera plein effet à la Convention.

Il ne s'agit donc pas d'une homologation judiciaire d'un accord de volontés, mais d'une décision de validation de la proposition par laquelle le procureur a d'ores et déjà relevé les faits, les a qualifiés et a établi le montant de l'amende, dans un rapport de proportionnalité avec ces constats et ces qualifications.

Comme pour la composition pénale, le Parlement a d'ailleurs voulu que celui que l'on pourrait désigner comme « le juge en titre »⁴⁹, c'est-à-dire le président du tribunal, n'homologue pas la convention judiciaire d'intérêt public, mais prenne une « décision de validation ».

Plus précisément, le Code de procédure pénale dispose : « Le président du tribunal procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leurs avocats. À l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du 1 du présent article et la

47. CJIP, *HSBC Private Bank Suisse S.A.*, 30 oct. 2017, pt 47.

48. « Lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation. La proposition de convention est jointe à la requête. La requête contient un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée. Le procureur de la République informe de cette saisine la personne morale mise en cause et, le cas échéant, la victime. »

49. Sur des développements à ce propos, v., M.-A. Frison-Roche, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », préc.

proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à la personne morale mise en cause et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours. »

Il est remarquable que le dispositif légal ne prévoit pas la présence du procureur à l'audience, mais seulement de l'entreprise « mise en cause » et éventuellement de la victime, ce qui valide bien l'idée que le procureur a, lui-même, par une proposition qui règle le différend, agi comme un juge, les juges n'étant pas présents dans la phase de contrôle de leur acte, mais seulement les parties auxquelles leur acte fait grief.

Quant à la nature de l'acte pris par le juge, tandis qu'il est déjà difficile de cerner la notion d'homologation judiciaire⁵⁰, celle de « décision de validation judiciaire » l'est plus encore. Le mécanisme de la CJIP est le même que celui précédemment mis en place concernant la composition pénale, pour laquelle c'est également la proposition de composition, formulée par le procureur, qui est l'objet d'une ordonnance de validation. L'on doit poser que si le mot est distinct, la notion l'est également. La « validation » est un mécanisme qui parfait un acte qui ne peut produire d'effet sans celle-ci.

Mais si certains ont affirmé qu'il y avait par la CJIP une « privatisation du droit pénal »⁵¹, ce sont bien les règles du droit pénal qu'il faut préserver, notamment dans son caractère strict. Or, comme le souligne d'une façon générale Guillaume Beaussonie⁵², parce que la CJIP est davantage perçue comme un outil contractuel que comme un mécanisme relevant de l'action publique, l'interprétation restrictive et le contrôle de la proportionnalité ne semblent guère respectés.

Ainsi, la CJIP du 26 août 2021 conclue entre le procureur national financier et la banque Morgan Stanley, laquelle était intervenue à la fin d'un montage ayant pour effet, voire pour objet, de permettre à ses clients d'échapper au paiement immédiat d'impôts, prévoyait une amende d'intérêt public dont le montant avait pris comme base de calcul les profits retirés non pas par la banque, peu élevés en l'espèce, mais par les clients de celle-ci, beaucoup plus importants. C'est faire d'une sanction une interprétation large du texte que de viser les profits non pas de la personne morale obligée de payer après avoir accepté la proposition mais les profits des bénéficiaires de son possible manquement. Certes, la banque a accepté de payer un tel montant, mais l'amende

50. Sur la difficulté de concevoir l'homologation en raison de la diversité des actes qui en bénéficient, E. Peketi, *L'homologation judiciaire des actes juridiques, l'impossible théorie générale*, Mare & Martin, 2021 ; sur la théorie néanmoins proposée, reposant sur l'unicité processuelle de cette activité judiciaire, Th. Goujon-Bethan, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2021.

51. E. Breen, « La "compliance", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019. 327.

52. G. Beaussonie, « Le Droit pénal et le droit de la compliance font-ils système ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance, op. cit.*, p. 157-168.

n'est pas un prix et le consentement de la banque à payer ne suffit pas à transformer une amende infligée en prix librement négocié. La légalité des délits et de la peine continue de régir l'établissement de l'amende d'intérêt public, notamment pour celui qui fixe le montant (le procureur) et, d'une façon plus générale, dans la façon dont le dispositif doit s'interpréter, c'est-à-dire d'une façon stricte, le montant ne résultant pas de la libre rencontre des volontés.

Le juge devrait veiller à cela. Et ce d'autant plus que l'on pourrait considérer que des dommages et intérêts auraient pu être attribués à l'État du fait du manque à gagner en raison des profits réalisés par les clients, car l'interprétation restrictive ne devrait pas jouer pour la partie indemnitaires de la CJIP.

Il ne faut donc pas présenter la CJIP comme un contrat (sans d'ailleurs songer pour autant à lui appliquer les vices du consentement) ; il faut au contraire préserver davantage la nature pénale du processus de la convention judiciaire d'intérêt public, ne serait-ce que pour que le juge y exerce un contrôle plus approfondi sur les qualités requises de la proposition émise par le procureur dans son appréciation des faits, leur qualification et la proportionnalité de l'amende (office véritablement juridictionnel), ce qui justifiera dans un second temps que le législateur étende la CJIP au mandataire social.

En soulignant que nous sommes bien pleinement en matière pénale, le droit de la compliance ne « privatisant » pas les mécanismes, pas plus qu'il n'est une simple voie d'exécution de toutes les réglementations, mais ce qui permet de réaliser les prétentions les plus fortes que nous pouvons avoir pour l'avenir, nous pouvons affirmer l'apport à la fois lié et inestimable du juge et de l'avocat dans cette conception-là du droit de la compliance, dont nous voyons chaque jour davantage la concrétisation.

C'est en effet, d'une façon plus générale, un juge puissant qui doit se placer au centre du droit de la compliance, et l'avocat avec lui. Cela découle du fait que le droit de la compliance est lui-même l'expression de l'État de droit, dont le juge et l'avocat sont indissociables⁵³. Mais ce faisant, parce que le droit de la compliance est une nouvelle branche du Droit, qui se caractérise par la puissance des entreprises, les offices de l'un et de l'autre en sont transformés.

II. L'APPORT LIÉ ET INESTIMABLE DU JUGE ET DE L'AVOCAT AU DROIT DE LA COMPLIANCE

Le juge et l'avocat au droit de la compliance ont pour office de garder le droit de la compliance comme une caractéristique des États de droit (A). Parce que le droit de la compliance se déploie au-delà des États, la figure juridictionnelle pouvant prendre des formes diverses, notamment l'entreprise elle-même

53. V. ci-avant.

transformée en entité jugeante, il est essentiel que l'avocat y conserve son office classique : défendre (B).

A. L'OFFICE DU JUGE ET DE L'AVOCAT DE GARDER LE DROIT DE COMPLIANCE COMME CARACTÉRISTIQUE DES ÉTATS DE DROIT

Si l'on soutient que la compliance n'est qu'un *process* pour toujours se conformer à la réglementation, alors si elle y parvient, nul besoin de juge et d'avocat⁵⁴. Mais si le droit de la compliance se définit par sa finalité, par des « buts monumentaux », il n'est pas un mode d'efficacité pour toutes les réglementations applicables mais il se met à la hauteur de la prétention qu'expriment de tels buts, constituant alors une caractéristique des États de droit (1). De cela, non seulement juge et avocat cessent d'être absents ou le signe d'un dysfonctionnement transitoire, mais plus encore : ils en sont les gardiens (2).

1. La compliance, caractéristique de l'État de droit

Le droit de la compliance se définit par les buts monumentaux que les autorités politiques et publiques ont la volonté d'atteindre (et non pas toutes les réglementations diverses et accumulées).

Dans une conception systémique, ces autorités politiques et publiques ont la prétention de modifier le futur, pour qu'il soit préservé de catastrophes systémiques qui ravagent les sociétés, comme la corruption, le blanchiment, le déséquilibre climatique, la haine, la désinformation, etc. Cette « prétention » peut prendre encore une nouvelle ampleur lorsque ces buts monumentaux ne sont pas seulement « négatifs » (faire en sorte que cela n'advienne pas), mais sont positifs (faire en sorte que cela advienne), lorsque les techniques de compliance ont pour objet d'établir pour demain des situations qui ne se réaliseraient pas autrement : une égalité effective entre les êtres humains, un principe de respect, de probité, de considération pour autrui⁵⁵.

Ce souci d'autrui, même lointain, même futur, dont le devoir de vigilance est l'instrument le plus avancé⁵⁶, rejoint la notion classique de bien commun, telle que le droit romain, à travers la *res publica*, l'avait posée. Ainsi, le droit de la compliance, en se saisissant des entreprises parce qu'elles sont les entités

54. V. toute la première partie de cette étude sur cette définition même et ce qui permettrait de concrétiser cette ambition, à savoir l'intelligence artificielle. Ce qui est à la fois technologiquement illusoire, et très dangereusement, car pouvant fonctionner au bénéfice de n'importe quelle « réglementation », éventuellement néfaste pour les êtres humains.

55. 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, et l'ensemble des contributions de cet ouvrage.

56. E. Piana et P. Utho, *L'Épervier Vigilance et le pays au nom oublié*, JoRC, coll. « Les Aventures de l'Ogre Compliance », 2023.

« en position » de concrétiser ces buts monumentaux, que celles-ci soient désireuses de le faire⁵⁷ ou pas, le droit pénal venant alors à l'appui, développe cette ambition publique en donnant une nouvelle dimension à ce qui est un acte de souveraineté, en le portant hors des frontières de l'État.

Parce que le droit de la compliance porte le souci d'autrui, y compris lorsqu'autrui est hors de la portée ordinaire des États, parce qu'il est sur un territoire éloigné ou qu'il s'agit d'un internaute⁵⁸, cette nouvelle branche du droit est caractéristique de l'État de droit, principe porté par le souci d'autrui.

C'est pourquoi il est essentiel de distinguer la soumission de chacun par avance à la réglementation, ce qui correspond techniquement à la conformité telle qu'elle est développée dans les systèmes de droit de soumission des individus, par exemple dans le droit chinois⁵⁹, et la protection de chacun par le droit de la compliance, ce qui correspond techniquement au droit de la compliance tel qu'il est développé dans les États de droit.

Mais il est difficile de distinguer les deux, car les instruments sont souvent les mêmes, puisqu'il s'agit toujours de collecter des informations et de « rééduquer » des personnes. Le discours du souci d'autrui étant aisément soupçonné de n'être que sophistique.

L'indice pour distinguer là où les techniques de conformité sont un mode de soumission de l'individu à toute réglementation et là où le droit de la compliance est un mode de protection des individus pour construire un système où il demeure au centre, voire y soit davantage, est la présence ou l'absence des juges et des avocats.

Dans un système de conformité, il n'y a ni juge ni avocat. Ils sont inutiles. Dans un système de droit de la compliance qui se définit par des buts monumentaux exprimant tous le souci d'autrui, ils sont indispensables et au centre.

2. Juge et avocat, gardiens consubstantiels du droit de la compliance, caractéristique de l'État de droit

Comme l'a remarquablement démontré le président de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁰, la Cour de justice a eu un rôle moteur dans la naissance du droit de la compliance, parce qu'elle a eu le souci de protéger un

57. A.-V. Le Fur, « Intérêt et raison d'être de l'entreprise : quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance ? » ; A. Le Goff, « La part des banques dans la concrétisation des buts monumentaux de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 55-67 et p. 69-75.

58. R.-O. Maistre, « Quels buts monumentaux pour le régulateur dans un paysage audiovisuel et numérique en pleine mutation ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 47-54.

59. M.-A. Frison-Roche, « La nouvelle loi de protection des données en Chine est un "anti-RGPD" », *Actu-juridique*, 2 sept. 2021.

60. K. Lenaerts, « Le juge de l'Union européenne dans une Europe de la compliance », préc.

commerçant dont le nom apparaissait au détour des recherches que le moteur de recherche Google offrait à tous et pour toujours. Dans l'espace numérique, pas de prescription, pas d'oubli, nous sommes indéfiniment offerts aux autres.

Cet espace sans limite, ni d'espace ni de temps, ce que la sagesse antique associe à la déraison, le droit classique ne peut guère y poser de règles d'une façon ordinaire puisque lui-même se meut dans un espace clos par des frontières et suit le cours ordinaire du temps. En outre, l'espace numérique alimente tous nos désirs, notamment nous abreuve du plaisir que nous prenons à regarder le malheur d'autrui, par exemple la faillite de ce commerçant pour la protection duquel la Cour de justice inventa donc en 2014, dans son arrêt *Google Spain*, le droit subjectif à l'oubli⁶¹, comme du plaisir que nous prenons à haïr tout et tout le monde⁶², principal moteur de la prospérité des réseaux sociaux.

Les algorithmes recueillent l'état de fait que constituent des espaces sans limites, ils n'expriment pas de principes extérieurs. Les entreprises peuvent relayer des principes par de la technologie mais, n'étant pas extérieures au système économique et social dans lequel elles ont des intérêts directs, elles ne sont pas légitimes à émettre des principes premiers.

Si l'État de droit peut résister à cette neutralité technologique qui permet une corrosion nouvelle des systèmes par la corruption, le blanchiment, la haine et la négation de la vérité, c'est par le personnage du juge qui, en tant que tiers impartial et désintéressé, peut écouter l'un et l'autre, le faible comme le fort (mais aussi le fort comme le faible) pouvant avoir raison.

Plus encore, la « réglementation » arase son contenu, l'idée de hiérarchie et de système, la conformité prenant les textes lettre à lettre, la notion de principe ne pouvant émerger face à l'omniprésence de cette seule norme : l'obéissance pure. Or l'État de droit repose sur le principe inverse, puisqu'il limite les puissances en ancrant les techniques sur des principes substantiels dont on peut discuter l'application, dont le juge a, à la fois, la garde, notamment les cours suprêmes, et l'apanage de décider au cas par cas la concrétisation, sans être lié par l'usage qu'en font les sujets de droit et les gouvernants.

Le souvenir de la dispute entre Kelsen et Schmitt devrait nous faire préférer d'une façon définitive la conception du droit de la compliance qui, par les buts monumentaux, entraîne une limite à la puissance des autorités et des entreprises et qui rattache à la protection des êtres humains l'exercice de toute cette

61. CJUE 13 juill. 2014, *Google Spain*, ce droit subjectif à l'oubli dépassant le droit de retirer une mention dans un fichier.

62. G. Anders, *La haine*, Rivages Poches, coll. « Petite bibliothèque », 2009 ; pour une analyse dans la perspective de la compliance, M.-A. Frison-Roche, « Quand on s'intéresse à la compliance, lire *La Haine* de Gunther Anders » et « Rendre plus coûteux l'accès au marché de la haine », *Newsletter MAFR Law, Compliance, Regulation*, 1^{er} et 8 août 2022.

puissance ainsi donnée aux entreprises, mais uniquement dans ce but-là⁶³, sous le contrôle des juges. Car l'État de droit étant ce qui limite le pouvoir de celui qui édicte les règles en offrant le contrôle de leur application à un tiers impartial et désintéressé, il est indispensable que le juge soit au cœur du droit de la compliance, qui offre tant de puissance aux acteurs, qu'ils soient des autorités publiques dont les prescriptions ont une portée extraterritoriale, la souveraineté ayant une nouvelle dimension, ou qu'ils soient des entreprises privées, pouvant édicter des règles sur autrui⁶⁴.

Comme Justice Stephen Breyer l'a écrit le 29 juin 2022⁶⁵ dans la lettre qu'il adressa au Président des États-Unis en démissionnant de sa fonction de juge à la Cour suprême des États-Unis : « *It has been my great honor to participate as a judge in the effort to maintain our Constitution and the Rule of Law.* »

Cette lettre qui définit l'office du juge distingue les deux, la Constitution et l'État de droit, et les cumule. Le juge doit d'une façon cumulative garder les textes et l'État de droit en faisant en sorte que les deux convergent toujours. Par cette phrase, l'on peut penser que Justice Stephen Breyer posait que le juge manque à son office lorsqu'il veille au « maintien » des textes mais que ce faisant il cesse de protéger les êtres humains en libérant de cela le pouvoir législateur, car il ne garde plus l'État de droit, comme la Cour suprême le fit dans l'arrêt *Dobbs v. Jackson* rendu 5 jours avant⁶⁶ en « maintenant » la Constitution américaine, ce qui est une face de son office mais en ne protégeant plus les femmes, ce qui est pourtant l'autre face de son office, faces indissociables de l'État de droit⁶⁷.

Il est essentiel que ce même ancrage se retrouve dans le droit de la compliance : toute la puissance qu'il développe doit s'ancrer dans les buts monumentaux, ce qui limite cette puissance et l'ancre dans l'État de droit puisqu'il s'agit toujours de protéger les êtres humains. C'est cela que les juges doivent garder.

Aucun algorithme ne peut remplir cet office essentiel pour la définition même du droit de la compliance, définition qui elle-même constitue cette

63. Dans ce sens, M.-A. Frison-Roche, « concevoir le pouvoir », in *Mélanges Emmanuel Gaillard*, à paraître (document de travail, 2021 <https://mafr.fr/fr/article/le-pouvoir-pour-mieux-servir/>).

64. Notamment à propos de l'obligation dans laquelle elles sont désormais d'être « vigilantes ».

65. Cette lettre est disponible sur le site de la Cour suprême.

66. En affirmant que le droit des femmes à l'interruption volontaire de grossesse n'est pas un droit protégé par la Constitution des États-Unis.

67. Dans ce sens parmi les analyses très nombreuses de cet arrêt historique, v. dans la perspective de la compliance, M.-A. Frison-Roche, « La Cour suprême a déclenché la bombe de la sécession. Que faire », *Actu-Juridique*, 5 juil. 2022, et dans la perspective du droit de la compliance, au regard notamment des arrêts qui logiquement ont suivi cette décision, « Une alliance entre les entreprises et les Régulateurs (= Droit de la Compliance) peut limiter la portée catastrophique de l'arrêt de la Cour suprême », *Newsletter MAFR Law, Compliance, Regulation*, 27 juin 2022.

branche du Droit comme essentielle pour une conception civilisée de notre avenir.

Parce qu'il s'agit de principes politiques qui supposent la réalisation de projets politiques, les juges doivent être présents pour écouter les uns et les autres, élaborer des jurisprudences, participer eux-mêmes directement à la construction de cet avenir, notamment par le maniement du droit de la responsabilité⁶⁸.

Le premier rôle de l'avocat est de participer au débat, car justement dans un État de droit jusqu'à ce qu'un « arrêt » y soit mis par le juge, tout peut se débattre, des faits, des qualifications et du sens du Droit, comme tous sont défendables, même et surtout les coupables⁶⁹.

Là où il y a un juge, il doit y avoir un avocat, ces trouble-fêtes de la conformité, ces personnages au cœur du droit de la compliance.

B. LE RÔLE SPÉCIFIQUE DE L'AVOCAT

L'office de l'avocat, bien qu'articulé à celui du juge, peut en outre se déployer d'une façon distincte, en dehors de l'intervention du juge. Il est en effet plus restreint et plus large, parce que l'avocat doit apparaître dans tous les cas où la figure juridictionnelle se met en place. Or, le droit de la compliance a multiplié celle-ci au-delà des juges, prolongeant en cela le mouvement du droit de la régulation : comme celui-ci, la compliance confie de nombreux pouvoirs juridictionnels aux autorités administratives, mais c'est d'une façon propre et spectaculaire qu'il transforme les entreprises en juges⁷⁰. À cela, l'avocat doit faire face, notamment en interne (1), l'équilibre se faisant, comme l'a dégagé la Cour de justice, dans la perspective de sanction, ce qui renvoie à une charge de preuve qu'il reste encore à affiner (2).

68. Le droit de la responsabilité étant une branche du Droit essentielle dans l'usage que le juge doit en faire pour répondre aux demandes des justifiants, notamment pour résoudre des questions sur le futur, ce qui suppose que les juges élaborent une « responsabilité *ex ante* », mais également conçoivent un office *ex ante*, et ajustent la procédure en conséquence, notamment par l'admission des parties prenantes, voire d'*amici curiae*. V., M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance », *D. 2022. Chron.*, p. 621-624 ; « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portées devant un juge », 2022 (<https://mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>).

69. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », *in* cet ouvrage.

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

1. L'avocat, de droit présent dans les mécanismes de compliance qui transforment l'entreprise en juge

L'entreprise, qu'elle le veuille ou non, doit prévenir, détecter et sanctionner des comportements qui contrarient les buts monumentaux, par exemple la corruption. À ce titre, l'entreprise établit des plans, récolte des informations, élabore des audits de compliance⁷¹, prend en charge la projection vers le futur pour que les personnes tierces soient protégées des risques auxquelles elles s'exposent⁷² ou, en tant qu'elles sont dans la chaîne de valeur, contribuent à ces actions, d'une façon passive (par la supervision dont elles sont l'objet) ou active.

Ce faisant, l'entreprise évalue les situations passées, présentes et futures, internes et externes à l'entreprise, élaborant des « jugements » au sens intellectuel du terme. Manque donc ce qui conduit à la définition juridique d'un jugement, à savoir l'articulation à cette première phase intellectuelle du jugement, une seconde qui est l'adoption d'une décision concernant la personne impliquée dans la situation évaluée, décision lui faisant grief et prise en application d'une règle de droit⁷³.

Or en premier lieu, qu'elle le veuille ou non, l'entreprise accumule des informations à propos de personnes, voire auprès de celles-ci, en application de règles de droit, celles du droit de la compliance, qui dans un second temps, seront la base de décisions, par exemple un licenciement ou une transmission de ces faits à un juge ou un procureur ou une autorité administrative. Dès lors, la personne à laquelle des informations sont demandées dans un tel cadre doit se voir offrir l'assistance d'un avocat.

En second lieu, et cela fut critiqué à juste titre, parce que le mécanisme de la convention judiciaire d'intérêt public n'éloigne le juge qu'au bénéfice de la personne morale⁷⁴ et non du mandataire social, dès l'instant que les faits sont à la fois qualifiés par le droit de la compliance et par le droit pénal, l'information collectée par l'entreprise au titre de la compliance mais écartant le juge précipite en revanche le mandataire social devant le juge auquel est offert un cadeau probatoire constitué hors de tout avocat.

71. Sur la notion d'audit de compliance, N. Guillaume, « Cartographie des risques de compliance : premiers aperçus des enjeux, des limites et des bonnes pratiques », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 63-70.

72. M.-A. Frison-Roche, « Théorie juridique de la cartographie des risques, centre du droit de la compliance », art. préc.

73. Les travaux sur la définition de ce que sont au sens juridique un jugement et sa structure sont très nombreux. À titre principal, l'on peut se référer à l'article 12 du Code de procédure civile et à la thèse de celui qui l'écrivit, H. Motulsky, *Essai sur la réalisation méthodique du droit. Éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948.

74. V. ci-avant.

2. L'avocat, de Droit présent pour concrétiser les droits de la défense, et non seulement le contradictoire, lorsque la collecte d'informations conduit potentiellement à la sanction

Par ailleurs, il est fréquent que les enquêtes soient diligentées non seulement par les entreprises mais encore par les autorités publiques. Il peut s'agir du procureur qui, dans les discussions en vue de l'obtention d'une convention judiciaire d'intérêt public, requiert une enquête interne et demande à en avoir les résultats, ou d'une autorité de régulation et de supervision, qui pénètre dans l'entreprise pour procéder à une enquête interne pour laquelle elle demande une « pleine collaboration ».

Ces enquêtes sont parfois présentées comme de véritables contrôles en soi, et menées au titre de la supervision. L'on mesure que le processus de supervision est alors en cela plus puissant que le processus de sanction puisque l'autorité peut venir s'informer sans qu'il lui soit nécessaire de démontrer une vraisemblance de manquement, les textes, notamment de droit souple, comme la « charte de l'enquête » élaborée par l'Autorité des marchés financiers⁷⁵ précisant que les personnes travaillant dans et avec l'entreprise ont l'obligation de « collaborer » avec l'enquêteur.

Le système juridique semble alors s'enrayer. En effet, l'État de droit requiert que la personne ainsi interrogée bénéficie du droit fondamental de ne pas collaborer, droit qu'un avocat doit lui permettre de faire valoir face à un principe d'efficacité où l'extraction des informations semble prédominer, alors que le contrôle n'est souvent que le préalable à une notification des griefs⁷⁶.

Les deux principes ont été remarquablement articulés par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 2 février 2021. Se fondant sur la Charte des droits fondamentaux à laquelle elle associe l'article 6 de la CEDH, la Cour a ainsi posé que dans le cadre d'une enquête par l'autorité de régulation financière, ici la *Consob*⁷⁷, le pouvoir d'enquête de celle-ci visant à conforter son pouvoir de surveillance des opérateurs (ce qui renvoie bien d'une façon autonome à l'office de supervision), il y avait application des droits de la défense, notamment le droit de se taire, qui en constituent le cœur. La Cour rappelle en effet que : « Le droit au silence ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques mettant directement en cause la personne interrogée, mais couvre également des informations sur des questions de fait

75. Autorité des marchés financiers (AMF), *Charte de l'enquête*, 27 sept. 2021, qui expose que les enquêtes sont le plus souvent déclenchées à l'occasion d'un signalement, qu'elles peuvent porter sur des faits précisément dénoncés mais qu'elles « peuvent aussi revêtir un caractère transversal et thématique » (p. 5) et que le « comportement attendu » des personnes sollicitées par l'enquête est de « coopérer avec les enquêteurs » (p. 20 s.).

76. Ainsi la Charte précitée de l'AMF précise : « En fonction des éléments ainsi obtenus, d'éventuels manquements peuvent être caractérisés » (p. 6).

77. CJUE, gr. ch., 2 févr. 2021, *DB c/ Consob*, aff. C-481/19.

susceptibles d'être ultérieurement utilisées à l'appui de l'accusation et d'avoir ainsi un impact sur la condamnation ou la sanction infligée à cette personne. »⁷⁸

Cet arrêt essentiel donne la juste mesure entre l'obligation de collaborer qui découle du règlement européen sur lequel se fondent à juste titre les autorités de supervision, comme pourraient s'y référer sans doute d'autres entités obligeant à des enquêtes internes, y compris celle menée par une entreprise qui doit « détecter et prévenir » des comportements, éventuellement pénalement répréhensibles.

La Cour ne méconnaît pas ce principe. En effet, elle conclut que le droit au silence doit être effectif lorsqu'il est activé par une personne qui peut subir les conséquences de sa collaboration mais elle pose que les droits de la défense, y compris dans son cœur, qu'est le droit au silence, ne justifient pas tout refus de toute collaboration sur tout et par tout le monde.

Il n'est en effet pas admissible que le refus, légitime, dégénère en obstruction, illégitime. Comme elle le pose : « Ce droit s'oppose, notamment, à ce qu'une telle personne soit sanctionnée pour son refus de fournir à l'autorité compétente au titre de la directive 2003/6 ou du règlement n° 596/2014 des réponses qui pourraient faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives à caractère pénal ou sa responsabilité pénale. »

Cet arrêt a été souvent présenté par les entreprises comme donnant un droit à ne pas collaborer, ce qui est excessif (et contraire au droit de la compliance) et présenté par les autorités comme soulignant la reprise par la Cour de l'obligation générale de collaboration prévue par les textes européens en diminuant la place centrale reconnue aux droits de la défense, ce qui est également excessif car le refus de parler est un droit majeur.

Si l'on suit plus fidèlement cet arrêt clair qui énonce la marche à suivre et s'appuie sur la jurisprudence de la CEDH et sur les textes de l'Union européenne, deux principes doivent s'articuler : la recherche d'information qui se déploie pleinement dans la fonction de surveillance lorsqu'elle s'adresse à des personnes contre lesquelles cela ne se retournera pas et les droits de la défense qui diminueront cette efficacité dans le cas contraire.

Cela doit valoir pour le droit au silence, cœur des droits de la défense, mais également pour tous les autres droits de la défense et c'est l'avocat qui en a la garde. Cela doit valoir pour les enquêtes diligentées au sein de l'entreprise par les autorités publiques de surveillance mais également pour les enquêtes diligentées par les entreprises elles-mêmes.

En ne faisant pas cette ligne de partage, la *charge de l'enquête* de l'Autorité des marchés financiers, pourtant ultérieure à l'arrêt, fragilise ses propres

78. Pt 40.

enquêtes car les juridictions, toutes aussi attachées aux droits de la défense et au principe du contradictoire, sanctionneront sans doute une méconnaissance d'autres droits de la défense dont une personne aura été privée, dès l'instant qu'elle n'aura pas fait acte d'obstruction totale.

Mais attention, les entreprises et leurs avocats n'ont pas à se croire autorisés à refuser tout et à se murer en pensant que les droits de la défense les y autorisent.

La limite se justifie en effet pleinement car une personne qui se soustrait totalement au pouvoir de surveillance d'une autorité publique bloque le principe même de ce qu'est la compliance, à savoir la pénétration de l'autorité porteuse d'un souci systémique dans l'entreprise qui doit concrétiser le but monumental, par exemple l'intégrité des marchés et leur protection contre les risques systémiques. Et il n'est pas concevable d'évoquer abstraitement une perspective hypothétique de condamnation pour fermer la porte à une autorité, alors qu'à la compliance est associé le principe de transparence, même s'il ne s'agit pas d'un secteur régulé. Il faut donc qu'il y ait de la part de la personne des **premiers indices** prouvant qu'il y aurait possiblement dans cette enquête de surveillance une suite de condamnation, pour que les droits de la défense se déclenchent et que la collaboration cesse.

On peut penser que la preuve de ces premiers indices devra être apportée par celui qui par la suite devra justifier son absence de coopération, mais il ne s'agira que d'une charge de vraisemblance⁷⁹.

Ce passage du principe général de la collaboration au principe général des droits de la défense devra être prouvé par la personne, à partir de faits et de présomptions. Mais le jeu probatoire, essentiel dans le droit de la compliance parce que juge et avocat sont au centre, est une autre histoire...⁸⁰

Ainsi et pour conclure, dans un droit de la compliance qui doit ne pas être mécanique mais doit au contraire se faire comprendre et faire admettre les fins spécifiques dont il permet la concrétisation, chacun se veut « l'avocat » des règles dont il s'agit, le régulateur se présentant comme le premier de ceux-ci⁸¹. Il serait bien paradoxal que l'avocat en titre soit écarté de cette branche du Droit, alors même qu'il est en outre l'indice le plus sûr du luxe dont nous bénéficierons et dans lequel nous voulons demeurer ancrés à l'avenir : l'État de droit.

79. Sur ces éléments essentiels d'un système encore peu élaboré, M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », in cet ouvrage.

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

81. B. Lasserre, in *Dictionnaire du droit de la concurrence*, revue *Concurrences*.