

Compliance et incitations : ■ un couple à propulser ■

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE¹

*Agrégée des Facultés de Droit, professeur de Droit de la régulation
et de la compliance et directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Compliance et incitations paraissent à première vue totalement opposées. Non seulement parce que les sanctions sont au cœur de la compliance et qu'à la sanction l'on associe la contrainte alors qu'à l'incitation l'on associe la non-contrainte², mais encore parce que les incitations ont lien avec l'autorégulation et que le Droit de la compliance suppose une présence forte des autorités publiques. Ainsi, il faudrait choisir : soit compliance, soit incitations ! Soit l'efficacité de l'une, soit l'efficacité des autres ; soit les techniques de l'une, soit les techniques des autres ; soit la philosophie de l'une, soit la philosophie de l'autre. Se résigner à la déperdition qu'un tel choix nécessaire impliquerait. Mais poser les termes ainsi revient à penser pauvrement les situations et à réduire les champs des solutions qu'elles appellent. Si l'on reprend une définition riche du Droit de la compliance, l'on peut au contraire articuler compliance et incitations.

Pour cela, il convient de développer la notion de « compliance incitative ». Non seulement il le convient, mais il est particulièrement adéquat de le faire dans une nouvelle conception de la souveraineté. Par exemple pour l'Europe.

Par définition, la théorie dite des « incitations » vise les mécanismes qui n'ont pas recours directement à la contrainte. Mais de la même façon que l'on peut articuler « sanction » et « incitation » si l'on définit le Droit de la compliance par ses « buts monumentaux », de la même façon l'on peut penser plus efficacement les relations entre les autorités publiques et les entreprises à travers une notion ici proposée : la « compliance incitative ».

Pour cela, il est essentiel de partir d'une définition dynamique du Droit de la compliance par ses buts monumentaux. En effet, si le Droit de la compliance

1. Cet article s'appuie sur un document de travail bilingue, doté de développements techniques complémentaires, de références et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/compliance-et-incitation-sont-ils-contradictaires/>

2. Voir cette question analysée d'une façon autonome dans la contribution de M.-A. Frison-Roche, « Résoudre la contradiction entre "sanction" et "incitation" sous le feu du droit de la compliance », dans le présent volume.

est défini en plaçant sa normativité juridique dans les « buts monumentaux » qu'il poursuit, par exemple la disparition de la corruption, la détection du blanchiment d'argent afin que disparaisse la criminalité qui lui est sous-jacente, ou encore la protection effective de l'environnement, ou le souci concret des êtres humains, ce qui est déterminant ne sont pas les moyens en eux-mêmes, mais la tension effective vers ces « buts monumentaux ». Dès lors, la charge de ce qui relevait précédemment des politiques publiques menées par les États, parce que ceux-ci ne sont définitivement pas en mesure de le faire, en est internalisée dans les entreprises qui sont en position de tendre vers ces buts : les « opérateurs cruciaux », parce qu'ils en ont la surface, les moyens technologiques, informationnels et financiers.

Dans cette perspective-là, l'internalisation de la volonté publique provoquant une scission avec la forme étatique liée à un territoire qui prive le Politique de son pouvoir de contrainte, les mécanismes incitatifs apparaissent comme le moyen le plus efficace pour atteindre ces buts monumentaux qui expriment la souveraineté. Ils apparaissent comme ce moyen « naturel » à la fois négativement et positivement défini. Négativement en ce qu'ils ne requièrent pas en *ex ante* de sources institutionnelles nettement repérables et localisées, pas plus qu'ils ne requièrent davantage en *ex post* de pouvoir de sanction : il suffit de substituer l'intérêt à l'obligation. Positivement, les incitations relaient à travers les stratégies des opérateurs ce qui était la forme si souvent critiquée et moquée de l'action publique : le « plan ». La durée est ainsi injectée grâce au mécanisme de la compliance, comme on le voit à travers le développement de celle-ci dans le souci de l'environnement (le « plan Climat »), ou à travers le mécanisme de l'éducation, laquelle ne se conçoit que dans la durée.

Ce projet qui prétend construire le futur est pourtant celui du Politique et celui de l'entreprise, qui utilisent leur puissance déployée dans le temps pour le concrétiser. C'est sans doute là que se joue l'avenir de l'Europe.

En effet, ce n'est en rien parce que les entreprises et les individus sont moteurs pour atteindre les buts monumentaux qui fondent et définissent le Droit de la compliance que les autorités publiques ne sont plus au centre : au contraire, elles demeurent au cœur de celui-ci, et d'une façon nécessaire, puisque les autorités supervisent tout le système mis en place et conduit par les entreprises, supervisant la façon dont celles-ci tendent vers la concrétisation des buts monumentaux.

Par ce système de « compliance incitative », le Politique exprime des préentions en formulant des « buts monumentaux ». Les entreprises d'une part via leurs organisations et leurs actions, les individus d'autre part via leurs droits, développent selon des modalités qu'ils choisissent les moyens d'atteindre ces buts. Les autorités publiques non seulement doivent leur laisser cette maîtrise des moyens, parce que le Droit de la compliance, comme le Droit de la régulation qu'il prolonge, est une branche libérale d'un Droit qui demeure ancré

dans l'économie de marché, mais qui par cette alliance entre le Politique et les entreprises intègre le temps dans ces espaces économiques que l'État saisit avec grande difficulté (par exemple les infrastructures).

Ainsi, ce qu'il convient de désigner comme la « compliance incitative », en facilitant des initiatives développées dans et par des entreprises, permet des projets qui se développent dans le temps – comme pouvaient le faire les entreprises publiques – dans des espaces peu atteignables, que sont le numérique et la finance (I). Plus encore, peuvent naître des projets industriels, suscités par la compliance et coordonnés par elle, notamment dans l'espace européen (II). Dans cette perspective de « compliance incitative », la régulation directe fait place à une supervision, assurée par des autorités publiques, ce qui débouche notamment sur une Europe pouvant ainsi être souveraine alors même que ne peut se constituer un État souverain (III).

I. LA COMPLIANCE INCITATIVE, INTÉGRANT LE TEMPS DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX POUR LES RECONNAÎTRE COMME RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU : NUMÉRIQUE ET FINANCE

Une double difficulté apparaît pour construire des projets industriels à long terme. Soit l'on s'en remet à l'État qui a le temps pour lui et le souci de l'intérêt général pour marque mais qui est désormais à l'étroit dans ses frontières, ses instruments de coopération économique n'étant pas encore ajustés, soit l'on s'en remet à l'ingéniosité des opérateurs économiques du marché libéral, dans la dépendance de son temps, toujours plus court du fait de la financiarisation du monde. Ce temps se prête mal aux projets qui demandent de l'endurance, comme il s'accommode mal des exigences coûteuses, notamment celles de l'État de Droit.

Cela est particulièrement vrai de deux espaces qui, se superposant au monde, l'ont transformé d'une façon semblable dans une nouvelle immatérialité qui le rendrait entièrement disponible à la puissance des uns sur les autres par le seul biais des consentements. Face à ces deux espaces, où les « consentements mécaniques » mettent les individus à la merci des autres, les autorités publiques ont l'ambition de faire en sorte que les consentements demeurent ou redeviennent l'expression des volontés libres et ne constituent pas des biens scindés des personnes, consentements cessibles sur l'immense marché des datas.

Pour cela, les autorités de régulation, d'une part, contrent les contrats, qui jouent sur la désarticulation entre la volonté et les consentements, afin d'interdire cette réification des volontés, tandis que, d'autre part, tout le Droit européen des données oblige les entreprises qui captent et concentrent les

données à le faire en protégeant les personnes qui sont « concernées » par ces manipulations. Ainsi, ce sont les entreprises qui prennent l'initiative de se procurer et de construire les informations, de les articuler entre elles mais également de surveiller leur bon usage. En cela les entreprises, « opérateurs cruciaux », sont des régulateurs de second niveau qui garantissent dans le temps à la fois le déploiement des infrastructures financières, par exemple les places, et la protection des personnes au sein de celles-ci, par exemple dans l'espace numérique.

Les autorités politiques doivent inciter les entreprises à prendre l'initiative de telles constructions. Les opérateurs numériques cruciaux américains qui ont conçu et construit l'espace digital à partir du web le structurent et le gèrent. Ce résultat et cette place remarquables sont les conséquences de leur génie entrepreneurial. Que la puissance ainsi obtenue soit supervisée, oui ; qu'elle soit détruite n'a au contraire pas de sens. Le Droit de la concurrence, qui sert avant tout le commerce, pourrait par décision de déconcentration détruire cette industrie numérique prodigieuse, mais le vide qu'elle laisserait ne permettrait pas de ce seul fait la poursuite d'une industrie des données, requise. C'est donc bien au Droit de la compliance d'opérer l'équilibre.

II. LA COMPLIANCE INCITATIVE, INTÉGRANT LES PROJETS INDUSTRIELS AU SEIN D'OPÉRATEURS COORDONNÉS DANS LA ZONE EUROPÉENNE

Pour qu'une industrie naisse, avec les investissements à long terme, les filières intégrées en amont et en aval, les coordinations entre les diverses entreprises placées les unes par rapport aux autres pour produire du nouveau, il faut que les autorités publiques émettent non pas des interdictions, ni même organisent elles-mêmes les moyens, mais imposent les fins.

Le Droit de la compliance se définit non pas par les moyens mais par les « buts monumentaux », qui sont désormais exprimés régulièrement. Depuis toujours le Droit de la compliance s'est construit ainsi. Né aux États-Unis sous le choc de la crise de 1929, il a déployé ses outils, y compris la création de la SEC, par l'affirmation son but monumental de prévention d'une nouvelle crise bancaire et financière systémique.

Aujourd'hui, les autorités publiques ont des prétentions politiques plus fortes encore. Par exemple, la prétention de lutter contre le changement climatique. L'Europe, les États-Unis, la Chine, la France, etc. le veulent, disent le vouloir. Le Conseil d'État a affirmé qu'en prenant des lois qui disent le vouloir, l'État français s'engage juridiquement.

Mais de la coupe des buts monumentaux aux lèvres de la concrétisation de ceux-ci, il y a du chemin... Et ce chemin aujourd'hui oblige non plus tant les

entreprises mais bien les autorités publiques, puisque le Conseil d'État affirme que ce but doit être atteint et que, s'il ne l'est pas, c'est à l'État que la responsabilité juridique peut être imputée!

Ainsi, l'on dit si souvent que le Droit de la compliance contraint les entreprises, alors que c'est bien l'inverse qui se dessine! Car les entreprises ne sont juridiquement contraintes que d'exécuter mot à mot ce que la réglementation prévoit, d'adopter un à un des outils, de respecter les prescriptions de faire ou de ne pas faire, mais pas d'atteindre les buts monumentaux! Comme chacun le souligne désormais pour les entreprises, si les mises en place des outils constituent une obligation de résultat, en revanche atteindre les buts constitue une simple obligation de moyens. Alors même que désormais pour les États, dont on souligne si souvent la puissance à travers les sanctions extraterritoriales, atteindre les buts pourrait constituer, par exemple en matière environnementale, une obligation de résultat!

Dans ce renversement de perspective, que peut faire l'autorité politique et publique? Demander aux entreprises si elles veulent bien mettre leur puissance, d'information, de compétence humaine et d'argent, pour aider les États à atteindre les buts monumentaux que ceux-ci ont posés.

Pour cela, les États développent des techniques de « compliance incitative » et doivent les accroître. Et plus, allant au-delà de la prescription de faire ou de ne pas faire ceci ou cela, les buts seront monumentaux, ce qui fera et fait déjà du Droit de la compliance la branche du Droit majeure pour l'avenir, et plus les autorités publiques devront recourir à des incitations.

Par exemple, la Commission européenne et les États membres de l'Union européenne veulent une « Europe souveraine ». Cette prétention politique ne peut pas s'appuyer sur un État, puisqu'il n'existe pas d'État européen. C'est bien pourtant en termes d'Europe souveraine que la Commission et les chefs d'État pensent l'organisation du numérique.

Cela ne peut se faire que si le Droit de la compliance incite les entreprises, opérateurs cruciaux de cet espace-là, à se coordonner dans une action qui se déploie dans le temps pour construire une industrie qui aura pour effet de faire de l'Europe une zone souveraine, sans être pourtant passée par l'édiction d'un État souverain.

Cela est possible parce que ce sont bien les États qui, par des textes nouveaux, ont posé des buts monumentaux, comme la protection des personnes et la coordination des entreprises, tandis que la régulation directe des comportements est laissée aux opérateurs. Mais ces opérateurs ne sont en rien les maîtres. Comme le formulent parfaitement les nouveaux textes européens à propos de l'espace digital, les entreprises cruciales ont désormais statut de « gardiens » (*gatekeepers*).

Être gardien, c'est n'être pas le maître. C'est garder la règle d'un autre. C'est porter le souci d'un autre, le but que le Politique a formulé. C'est désormais

ainsi que le Droit de l'Union européenne se déploie, construit sur les deux piliers libéraux que sont le principe de concurrence et le principe de compliance.

Car si le Droit de la compliance est distinct du Droit de la concurrence, il ne produit pas pour autant une autorégulation dans la main des entreprises. D'une part parce qu'il internalise dans les opérateurs des buts que ceux-ci ne formulent pas, et d'autre part parce qu'il impose leur supervision publique.

III. LA SUPERVISION PUBLIQUE SUBSTITUÉE À LA RÉGULATION DANS L'HYPOTHÈSE D'UNE COMPLIANCE INCITATIVE

Le Droit de la concurrence ne peut produire par lui seul une régulation de ces deux espaces qui ont désormais recouvert et transfiguré le monde, l'espace financier et l'espace digital, notamment parce que l'entreprise demeure pour le Droit de la concurrence une boîte noire et qu'il est un Droit *ex post*, sauf à se transformer en Droit de la régulation. Ce mouvement est d'ailleurs perceptible à travers les revendications des autorités de concurrence : demandant à avoir des pouvoirs *ex ante* de surveillance et d'intervention, elles demandent de fait leur transformation en autorités de régulation ; demandant à imposer des obligations à l'intérieur de l'entreprise qu'elles pourraient regarder en transparence, elles demandent de fait leur transformation en autorités de supervision.

Cette transformation n'est pas de nature libérale. En effet les Droits de la régulation et de la supervision ont pour cause l'existence de « secteurs » déterminés (la banque, la finance, l'énergie, les télécoms, etc.), et les pouvoirs considérables que ces secteurs justifient seraient alors applicables à toute l'économie et à toute entreprise. Si l'on a une conception plus libérale et parce qu'on ne peut en effet en rester à l'état actuel des choses, la solution juridique à favoriser est plutôt, une fois les buts monumentaux émis, d'inciter les entreprises à chercher à les atteindre, alors même qu'elles n'y sont pas contraintes. Par exemple, planter des arbres ou éduquer les enfants. Pour que les entreprises ne méconnaissent pas ce faisant le Droit, par exemple le Droit de la concurrence, puisqu'il s'agit souvent de coopérer dans ces filières redécouvertes que sont les « places » ou les « filières », ou le Droit pénal, parce que par exemple l'éducation des enfants prend souvent la forme d'un travail de ceux-ci, il faut que des autorités publiques supervisent en permanence les opérateurs cruciaux qui ont pris l'initiative de s'organiser pour atteindre les buts monumentaux.

C'est ce qui se met en place par le Droit de la compliance, dont le Droit de l'Union européenne s'est emparé. En effet, le Droit de la compliance est lié d'une façon consubstantielle au Droit de la supervision, comme on le fait dans

le secteur bancaire, le Droit de la compliance étant le plus mature des droits sectoriels, épigone du droit commun de la compliance.

Il faut donc toujours que des autorités publiques supervisent les opérateurs cruciaux, dans l'exercice que ceux-ci font de leur pouvoir de régulation de second niveau, spontané ou requis (comme le montre la supervision des gestionnaires d'infrastructure essentielle). C'est le cas en matière bancaire et financière, le Droit européen de l'Union bancaire étant exemplaire, dont le premier pilier de supervision commande les deux autres. Dans l'espace digital, les diverses autorités publiques supervisent étroitement les opérateurs, dont la puissance est bienvenue pour mieux être requise, par exemple pour développer plus encore des infrastructures d'information et lutter contre des contenus délétères.

Pour l'industrie d'infrastructures de l'information, ce qui est l'enjeu de demain, l'articulation entre la compliance incitative à partir de buts monumentaux politiquement posés et une supervision publique assurée par des autorités administratives est ce qui assurera la souveraineté des zones qui se font face.

128