



Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation

par Marie-Anne Frison-Roche¹, Professeur de droit économique à Sciences po (Paris)

L'essentiel > Un mouvement est parti d'exigences juridiques précises attachées à des secteurs identifiés, comme le secteur financier ou le secteur bancaire, pour se transformer en normes juridiques de *compliance*. Le droit de la *compliance* est ainsi le prolongement du droit de la régulation. Mais le droit de la *compliance* est en train de prendre son autonomie complète par rapport au droit de la régulation, tout en conservant la violence, la radicalité, voire l'archaïsme de celui-ci, alors même qu'il porte sur des entreprises qui n'agissent pas sur des secteurs régulés, mettant à bas, par exemple, les notions liées à la territorialité (I). Comment les entreprises doivent-elles réagir face à cette nouveauté sans égale (II) ?

I - La prise d'autonomie du droit de la *compliance* par rapport à son creuset: le droit de la régulation

Cette évolution qui fait passer de la Régulation à la *Compliance* - en passant par la Supervision -, non seulement s'observe mais elle peut se justifier parce que le « souci » de la protection de l'environnement, de la lutte contre la corruption, de la protection et de la circulation des informations numériques (données) fonde cette extension du droit de la *compliance* au-delà des secteurs régulés pour atteindre la totalité des entreprises, car ces buts sont aussi impératifs, voire plus que le seul ordre public de gestion des risques de systèmes régulés.

La difficulté vient d'un mouvement tout aussi mécanique. Le droit de la régulation est dans ses modalités violent et archaïque. Il soumet l'entreprise qui entre dans un secteur régulé (banque, finance, téléphonie, transport, santé, poste) à des contraintes juridiques en « *ex ante* » et en « *ex post* » que le « droit commun » ordinaire ignore, voire récuse. Notamment la transparence (obligation passive mais essentielle), la prise en charge de l'efficacité du système (obligation active, par exemple obligation de service universel), la prévention des risques généraux.

Mais parce que le droit de la *compliance* est le prolongement du droit de la régulation, il recueille la puissance archaïque de celui-ci: c'est alors d'une façon très générale que des entreprises

n'ayant pas d'activité sur des marchés régulés deviennent transparentes et sont désormais soumises à des obligations *ex ante* de se restructurer dans leur organisation, leur management et leur gouvernance pour assurer l'efficacité de l'ensemble d'un système qui ne les concerne pourtant pas (par ex., la lutte contre le terrorisme).

Ainsi, par le droit de la *compliance*, toutes les entreprises, alors même qu'elles ne sont pas dans un secteur régulé, vont perdre la maîtrise de leurs informations et de leur structuration interne et être instituées comme étant en charge de concrétiser des buts décidés par d'autres: des autorités publiques qui auront elles décidé de lutter « par tous les moyens » contre le terrorisme, contre la pollution, contre le travail des enfants, pour l'éducation, pour la paix, etc.

L'on retrouve ici la base du droit de la régulation: l'efficacité et le fait que, « par tous les moyens », il faut atteindre les buts, dès l'instant que les moyens sont proportionnés aux buts, la proportionnalité devenant le principe juridique majeur, celui par lequel le juge exerce son contrôle. Ce principe est archaïque: « la fin justifie les moyens ».

L'ensemble est internalisé dans les entreprises, la raison étant que les maux combattus ou les biens convoités sont globaux, qu'il faut les atteindre « par tous les moyens ». Puisque l'autorité

(1) Cet article s'appuie sur un document de travail doté de notes, de références techniques et de liens hypertextes: <http://thejournalofregulation.com/fr/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/> ; ce document de travail est également disponible en langue anglaise: <http://thejournalofregulation.com/en/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/>

publique est localisée dans un endroit du monde, elle va donner un ordre global de *compliance* et sanctionner toute entreprise qui ne s'y sera pas conformée, même si celle-ci est hors de sa juridiction (au sens anglais du terme). Cela rend moins utiles les institutions internationales comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC). C'est pourquoi les États-Unis se désengagent des institutions internationales puisque le droit de la *compliance* leur offre des relais plus directs.

La territorialité est alors une notion juridique écrasée par le droit de la *compliance* qui, parce qu'il a fait sécession avec la notion de « secteur », a, par le même effet mécanique, également fait sécession avec la notion de « frontière », la globalisation et la *compliance* faisant un couple assez heureux. Le droit classiquement entendu est à ce point anéanti que certains ont vu dans la *compliance* l'ennemie du droit.

Les entreprises sont ainsi « obligées » de sauver le monde - car c'est bien de cela qu'il s'agit - en luttant contre le terrorisme ou le changement climatique. Elles sont donc désormais en charge de ce qu'il convient d'appeler un « service public mondial », comme même les auteurs français n'auraient pas rêvé le concevoir... L'on peut en être estomaqué et effondré, notamment si l'on pense que les entreprises ne sont pas faites pour cela.

L'on peut aussi approuver une telle évolution si, d'une part, l'on entend ne pas rester sans rien faire face à la décomposition du droit international public, notamment par l'action des États-Unis qui, du fait du droit de la *compliance*, pensent n'en avoir plus besoin, et si, d'autre part, l'on veut bien aussi considérer que le souci d'autrui que recouvrent tous ces « buts monumentaux » est notre souci à tous.

Oui. Mais si l'on approuve une telle évolution, il faut aussi reconnaître que cela constitue un choc d'une dimension sans égale pour les sujets de droit que sont les entreprises.

II - Comment les entreprises peuvent-elles réagir ?

Les entreprises apprennent que, les frontières juridiques n'existant plus, qu'elles sont sujettes à recevoir des ordres émis par n'importe quelle autorité publique de réaliser un nouvel ordre mondial de concorde et d'information totale, ordre à exécuter à leurs frais sauf à subir des sanctions contre lesquelles leur propre souverain ne les gardera pas.

Les exemples quotidiens et spectaculaires abondent.

Certes, les entreprises peuvent être « en réaction », puisque cela peut paraître injuste. Par exemple, injuste pour une entreprise européenne de recevoir des ordres de la part de l'administration américaine, et de devoir les exécuter sans mot dire, transmettre les informations et payer, tandis que d'autres zones du monde continuent de ne pas recevoir d'ordre ou ne pas s'y soumettre parce que ces injonctions ne s'appuient pas sur ce qui semble être la « loi du dollar ». Les entreprises peuvent alors avoir l'impression d'être abandonnées par leur État qui devrait batailler en

réaction à leurs côtés. Dans un système souvent décrit comme « féodal », le suzerain devrait défendre le vassal... Nouvelle croisade ?

Mais, en premier lieu, comme le montrent toutes les démarches « réactionnaires », si bonnes en soient les raisons, l'on ne parvient jamais à recréer le passé. L'on ne pourra pas revenir au temps où le monde était construit par les États qui faisaient des traités multilatéraux, les respectaient sauf exception, où l'OMC paraissait être le creuset d'un ordre mondial civilisé parce que juridictionnalisé, dans lequel s'ajouteraient aux règles naissantes d'un droit de la concurrence d'autres comme celles de l'environnement ou du travail décent. Si l'on ne peut faire renaître un vieux rêve, alors il faut, non pas ne plus rêver, mais songer à un autre rêve.

Dans cette perspective-là et en second lieu, pourquoi les entreprises devraient-elles être hostiles à une telle évolution, si on la rattache à d'autres amarres ?

N'est-ce pas alors et au contraire la meilleure perspective pour elles ? Et pour les États sur lesquels elles s'adosent et qui doivent eux-aussi concevoir un droit de la *compliance*, plutôt que de le combattre ?

Les entreprises aujourd'hui gouvernent le monde. Plutôt que de le nier, elles ont intérêt à admettre la conséquence de cela : la responsabilité. Non seulement en *ex post* (réparer les dommages que cause inévitablement l'exercice du pouvoir) mais encore en *ex ante*.

La « responsabilité en *ex ante* », c'est justement le droit de la *compliance*. C'est d'admettre en *bottom up* que l'entreprise élabore des normes de sécurité (souci de préservation des systèmes) mais aussi des normes de souci d'autrui.

Ce que l'on appelle souvent la « responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) » n'est pas tout autre chose que la *compliance*, n'est pas même seulement en « lien » avec la *compliance* : c'est la *compliance* elle-même. C'est la *compliance* éclairée non plus par l'autorité publique mais par l'entreprise : ce sont les mêmes règles que celles édictées par les autorités publiques.

Prenons un exemple : « ne pas corrompre ; ne pas être corrompu ». C'est un principe qui est émis par les autorités publiques, que la loi, dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, reprend, par exemple, mais c'est aussi le cœur de la « culture éthique » de RSE. C'est la même règle. Dès lors, pourquoi dépenser tant d'énergie (de temps, d'argent, etc.) pour échapper à des systèmes juridiques de contrainte globale puisque ce sont les mêmes principes que ceux de l'entreprise elle-même ? Et pour une fois dans un même espace de déploiement, c'est-à-dire le monde.

Plus encore, le grand enjeu du droit de la *compliance* est constitué par ce qui est appelé les « données ». L'Union européenne a réussi par le règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD) là où, pour l'instant, les autres zones n'ont rien fait. Le législateur californien vient juste d'emboîter son pas.

Or les données n'ont jamais été la caractéristique d'un secteur particulier. La donnée peut se définir comme une « information numérique », ce qui doit, tout à la fois, circuler, être le matériel des biens futurs et ne pas blesser les êtres humains qui sont concernés. Cela implique non seulement tous les marchés, mais encore toutes les filières et toutes les entreprises. Il faut bâtir un droit qui arrive à appréhender le phénomène des « plateformes », en ne concevant plus la *compliance* dans un seul rapport de prolongement du droit de la régulation, en ne la concevant pas davantage dans un seul rapport de contrainte.

Ainsi, les entreprises qui tiennent les plateformes, dont les entreprises de marchés financiers étaient un exemple bien avant que ne viennent les plateformes de produits non-financiers, à force de ne pas correspondre au cadre du droit de la régulation - lui-même hélas souvent appréhendé à travers le seul cadre du droit de la concurrence -, dès l'instant qu'elles ne constituent pas un marché ni même un secteur, n'ont pas été pensées dans un droit de la *compliance*. On tente toujours de « réguler les entreprises numériques ».

Mais si l'on conçoit un droit de la *compliance* autonome et structuré, alors le phénomène des « plateformes » peut être saisi dans sa puissance, et donc dans sa responsabilité, non seulement en *ex post*, mais encore en *ex ante*.

Les entreprises elles-mêmes y ont intérêt. Si les entreprises ne subissent pas passivement ce rôle mais le saisissent, alors l'Europe numérique qui est un enjeu majeur d'existence de l'Europe dans le monde pourra se faire. Le droit de la *compliance* des données peut être le socle d'un marché de l'information qui ne réduit pas l'être humain à n'être qu'une matière première consommée par d'autres, mais institue celui-ci comme centre du système.

Depuis 2018, l'autorité publique de régulation des données, comme la CNIL, n'intervient plus en *ex ante* puisque le système a été internalisé par la *compliance* dans toutes les entreprises, l'entreprise étant elle-même en charge des systèmes de sécurité, protégeant la personne, faisant circuler les données, construisant le marché numérique. C'est le modèle même de l'Europe: un marché dont le cœur est la personne.

Ainsi, si le droit de la *compliance* s'est effectivement détaché des amarres du droit de la régulation, c'est non pas au détriment des entreprises, notamment de celles qui ne sont pas régulées et qui ont pu être très désorientées par cet amas de contraintes venues comme des météorites: c'est à leur grand bénéfice, notamment parce qu'elles deviennent bâtisseurs du marché européen.

C'est une chance que les entreprises doivent saisir. Il leur suffit de la comprendre et de la traduire.