

*EN QUOI LE CONCEPT DE CONFORMITÉ
EST-IL NOUVEAU POUR L'ENTREPRISE ?*

IN

LA DÉMARCHE DE CONFORMITÉ JURIDIQUE

ORDRE ET TRANSGRESSION, LES LEVIERS JURIDIQUES DU PROGRÈS

25 juin 2010

Colloque organisé par le Barreau de Paris
à l'occasion de son Bicentenaire

Marie-Anne Frison-Roche
Professeur des Universités et Directeur de la *Regulatory Law Review* (RLR)

- ✓ A première vue, le concept de conformité n'est pas nouveau.
- ✓ Le système oblige le sujet juridique, donc l'entreprise, à se conformer à ses ordres, prescriptions positives ou négatives (tu dois faire ou tu ne dois pas faire) ; souvenir du décalogue...
- ✓ Le sujet de droit qui ne se conforme pas à la prescription juridique a un comportement illicite, qui est sanctionné, grâce à la puissance de l'Etat.
- ✓ Ainsi, on définit traditionnellement le droit par sa puissance d'obliger et par son appareil de sanction.
- ✓ Conclusion : **conformité = domination** que l'Etat, qui détient « monopole de la violence légitime », exerce unilatéralement sur l'entreprise.
- ✓ Conclusion traditionnelle et usuelle.

- ✓ Mais **le droit économique**, parce que plus proche des réalités, notamment le droit financier, a détourné cette définition de son raisonnement sous-jacent.
- ✓ C'est un effet de la mondialisation et de l'affaiblissement des Etats, et mécaniquement de la définition d'un droit associé à l'Etat.
- ✓ En outre, la conformité ne va pas de soi : il ne suffit pas d'ordonner pour être obéi ; il ne suffit pas de sanctionner pour que l'ordre soit rétabli.
- ✓ Une nouvelle notion apparaît, née de l'entreprise, dépassant le seul effet de mode de l'anglais, à savoir la notion de *compliance*

- ✓ La *compliance* signifie que l'entreprise n'est pas présumée obéir spontanément à la règle juridique du seul fait que celle-ci est posée.
- ✓ le système juridique ne se contente plus de l'instant où l'on pose la règle *ex ante*, l'instant de la Loi, mais se soucie de son respect au sein des entreprises, dans la durée de l'*ex post* au travers la notion de l'*implementation* de la règle.
- ✓ Ainsi le droit de la concurrence multiplie les programmes de *compliance*, par lesquels l'entreprise, grâce à ses juristes, internes ou externes, se justifie auprès du régulateur de la conformité de ses comportements vis-à-vis de la règle.
- ✓ Il s'agit d'une nouvelle rationalité, d'une nature *ex post*, née de l'entreprise elle-même.

- ✓ **Le droit bancaire et financier** a affiné la rationalité de la conformité juridique, en adoptant la règle suivante vis-à-vis de l'entreprise : *comply or explain*.
- ✓ Ainsi, l'entreprise n'est pas obligée d'obéir aveuglément à la règle, au contraire de la conception traditionnelle.
- ✓ Il suffira mais il faudra que l'entreprise, si elle a adopté un comportement différent de celui visé par le législateur ou le régulateur, s'en explique.
- ✓ S'expliquant ainsi (*explain*), elle cesse de subir la contrainte de la règle (*comply*).
- ✓ L'entreprise doit par avance préparer la justification rationnelle de l'écart entre son comportement et la règle, grâce à l'aide des juristes, internes ou externes.

✓ On change à alors de système.

✓ En effet, l'explication née de l'entreprise a ainsi raison de l'ordre donné par le législateur, puisqu'elle va prévaloir.

✓ La rationalité discursive exprimée par l'entreprise (dire pourquoi l'on se conforme, dire pourquoi l'on ne se conforme pas) a remplacé la rationalité politique exprimée par le législateur (donner un ordre parce que l'on est élu, sans dire ce pourquoi l'on ordonne ceci ou cela).

- ✓ Cette supériorité de l'explication, par rapport à l'impératif, née tout d'abord dans l'entreprise, a ensuite gagné l'auteur des normes lui-même.
- ✓ Ainsi, la Commission Européenne, les législateurs nationaux ou les régulateurs ont développé les lignes directrices, les livres verts, etc., dont personne ne se soucie de mesurer vraiment la portée contraignante.
- ✓ Toute entreprise y accorde une grande valeur explicative, discursive, rationnelle, à partir desquelles chacun peut anticiper le droit futur et que chacun, notamment par des consultations de place, peut discuter, puis suivre.
- ✓ C'est le modèle aristotélicien du droit qui triomphe : le droit comme dialogue.
- ✓ Discuter puis suivre, c'est très différent d'obéir.
- ✓ Pour discuter puis suivre, l'entreprise a beaucoup plus besoin de juristes que pour simplement se plier à l'ordre de la Loi.

Deux conclusions. Première conclusion.

- ✓ A travers la notion de « conformité juridique », qui n'est pas un habillage pédant de ce qu'est le droit, c'est la désignation d'un nouveau système juridique, mis en place par le droit économique.
- ✓ Ce nouveau modèle de conformité discursive, où les entreprises sont actives et ne se soumettent qu'à des auteurs rationnels de normes, est favorisé par le marché, parce que celui-ci ne fonctionne pas sur le modèle hiérarchique (Samuelson).
- ✓ Sur un marché mondialisé, sans frontière, une entreprise a les moyens de ne pas obéir à un droit qui n'explique pas ses « fortes raisons » (Raymond Boudon).

- ✓ Le droit de l'entreprise sur un marché est alors un espace rhétorique, où la conformité signifie non plus tant obéir, mais expliquer son comportement.
- ✓ Cette règle, et c'est là la plus nette des révolutions, vaut aussi bien pour le destinataire de la règle, l'entreprise, que pour l'émetteur de la règle, le législateur ou le régulateur.

Seconde conclusion :

- ✓ Les deux places, émetteur de la norme et destinataire de la norme, deviennent interchangeables, comme on le voit à travers les mécanismes de consultation de place ou du processus Lamfalussy ou du Comité de Bâle.
- ✓ Dans ce jeu aux places interchangeables, l'entreprise peut émettre des normes, par exemple des codes de bonne conduite, tant qu'elle s'en explique.
- ✓ Ce sont les juristes qui peuvent et doivent, en interne ou en externe, aider l'entreprise à satisfaire cette obligation première : expliquer ce pourquoi elle a usé du pouvoir de créer du droit.

- ✓ C'est à cette condition que les entreprises seront légitimes à exercer cette nouvelle puissance.
- ✓ Le juriste a alors pour fonction d'accompagner l'entreprise dans ces nouvelles règles d'un jeu, dans lequel elles peuvent saisir l'opportunité de n'être plus assujetties, pourvu qu'elles saisissent à travers la conformité juridique, la bonne face de la mondialisation et non le côté noir de celle-ci.
- ✓ Ainsi, grâce au dynamisme des juristes, les entreprises peuvent contribuer à combler le « non-droit » de la mondialisation.