

Contrat de compliance, clauses de compliance ¹

par Marie-Anne Frison-Roche, *Agrégée des facultés de droit,*
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

L'essentiel > L'on ne voit souvent dans le droit de la compliance que l'obligation de se conformer à la réglementation. Le droit des obligations en est comme masqué par l'étude des textes et des sanctions. Les cas de responsabilité civile commencent à faire ressortir les engagements des entreprises, actes de volonté. Reste à discerner l'importance des contrats. En premier lieu, existe un contrat spécifique : le « contrat de compliance ». Il a pour objet la fourniture par un tiers d'une prestation, les moyens pour l'entreprise de « se conformer » à la loi, ou/et de permettre à celle-ci d'atteindre les buts monumentaux qui caractérisent le droit de la compliance. L'interprétation et le régime du contrat de compliance doivent être marqués par le droit de la compliance qui l'imprègne. En second lieu, de multiples clauses visent la conformité et la compliance. Il faut les identifier et en unifier le régime.

1. Introduction. Le droit de la compliance a multiplié les obligations. Pourtant si l'on voit apparaître le droit de la responsabilité et si la pratique multiplie les contrats, pour l'instant les rapports entre droit de la compliance et droit des contrats sont peu visibles (I). Cependant, il existe des contrats dont le seul objet est de concrétiser la compliance, ce qui en fait un contrat spécifique et doit influencer sa mise en œuvre (II). En outre, l'on a beaucoup à apprendre de la diversité des clauses de compliance disséminées dans de multiples contrats (III).

1 – L'enjeu : dans les obligations de compliance, dégager le droit des contrats

2. La « réglementation », siège « premier » de la conformité. Lorsqu'on lit la doctrine ou la littérature grise à propos de la « compliance », c'est avant tout de « réglementation » qu'il est question. Toutes les présentations en découlent, par exemple pour décrire la façon dont la loi française dite « Sapin 2 » de 2016 aurait traduit-collé le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA américain) ; toutes les discussions et ambitions s'y ajustent, par exemple comment façonner des « lois de blocage » pour échapper à cette emprise de la réglementation américaine en édictant des réglementations européennes. Les contrats n'ont de place que passive, puisqu'ils sont soumis à l'une ou à l'autre des emprises du pouvoir réglementaire, et de souligner que le pouvoir législatif, lui-même objet de mille lobbies, est en réalité un pouvoir économique et politique.

3. Le prisme naturel de l'« obligation réglementation », issue de la réduction de la compliance à la conformité.

Il est certain que si l'on définit le droit de la compliance comme l'obligation pour une entreprise de « se conformer à la réglementation qui lui est applicable », définition certes couramment rencontrée, il est normal que le juriste étudie avant tout les « obligations réglementaires », puisque le « droit de la conformité » ne consisterait donc qu'à exécuter ce que demande la réglementation. Le regard vers les obligations réglementaires se concentre d'autant plus quand le législateur assortit sa volonté d'être obéi d'une sanction pénale. L'association entre sanction et compliance est souvent faite comme dans un lien gémellaire. C'est d'autant la réduire.

4. La conformité comme outil d'obéissance, les buts monumentaux comme espace de volontés. Mais si l'on définit d'une façon plus substantielle le droit de la compliance, qui rassemble alors des règles, des institutions, des décisions et des méthodes vers des buts spécifiques, cette branche du droit recevant alors une définition téléologique (comme l'ensemble du droit économique), pour prendre tout son sens dans les « buts monumentaux » qu'elle poursuit, tout change. En effet, toutes ces règles si éparses et lourdes de réglementations et droit souple bougeant en permanence, ont une grande stabilité et une grande unité. Elles concrétisent tout en *ex ante* la volonté de détecter et de prévenir des risques systémiques pour faire en sorte qu'à l'avenir une catastrophe n'arrive pas (effondrement du système bancaire, financier, numérique, environnemental, etc.), afin que les êtres humains n'en soient pas broyés. Ce but humaniste, servi par ces « buts monumentaux négatifs », apparaît plus encore lorsqu'il s'agit de « buts monumentaux positifs », les différentes techniques juridiques ayant pour but de construire un avenir qui sera un système meilleur pour les

(1) Cette chronique est basée sur un document de travail bilingue doté de développements techniques supplémentaires, de références et liens hypertextes, consultable à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/contrat-de-compliance-clauses-de-compliance/>.

êtres humains que celui d'aujourd'hui, avec, par exemple, une égalité effective entre les êtres humains, un principe de respect ou de probité effectifs dans un système économique libéral pourtant maintenu. L'on peut se moquer de tant d'utopie, mais c'est bien cela que l'Europe met en place. Il ne s'agit plus d'obtenir de l'obéissance et des consentements mécaniques. Il s'agit de concrétiser un projet, qui a été voulu. Or les entreprises et les particuliers peuvent activement y concourir, par ce qui est leur instrument naturel de construction de projet pour l'avenir : le contrat. Le droit des obligations est donc en train de pénétrer parce que la « conformité » n'est qu'un outil dans le droit de la compliance, lequel repose avant tout sur la volonté et non sur l'obéissance.

5. La présence du droit des obligations dans le droit de la compliance par la responsabilité des entreprises née de leurs engagements. Le mouvement désormais perceptible est l'obligation des personnes par les engagements qu'elles ont pris en dehors de l'obéissance que chacun doit à la loi, les juges obligeant alors les entreprises à faire ce à quoi elles se sont engagées, indépendamment de la forme qu'a prise cet engagement. Des cas particulièrement nets en matière environnementale et climatique ont conduit des juridictions à imposer à des entreprises non pas des obligations nouvelles ou à exécuter des obligations réglementaires, mais prenant acte d'engagements qu'elles avaient pris. Cette responsabilité prend appui sur une obligation née de la volonté de l'entreprise elle-même qui, dans le système libéral où nous demeurons, n'est pas obligée de s'engager, mais doit, d'une part, informer des engagements qu'elle prend (informations extra-financières) et, d'autre part, tenir ses engagements, faute de quoi sa responsabilité sera engagée. Son « engagement de responsabilité » décidé par les juges est alors à prendre au pied de la lettre, puisque les tribunaux condamnent l'entreprise à faire ce qu'elle avait dit qu'elle ferait, et non pas à payer pour ne rien faire. Cette « responsabilité *ex ante* » est un pilier du droit de la compliance, qui repose sur la volonté de l'entreprise.

6. Le droit des contrats semble encore à découvrir. Mais, comme chacun le sait et même si la responsabilité a tendance à rendre très poreuse la distinction entre le contractuel et l'extracontractuel, le droit des obligations ne prendra pleinement sa place dans le droit de la compliance qu'à travers le mécanisme du contrat. L'on constate dans la pratique une multitude de contrats. Les entreprises ont constitué depuis longtemps des clauses suivant leur type d'activité, leur type de cocontractant, le type de risque, suivant en cela la méthode de la cartographie des risques, autre outil du droit de la compliance. Cette activité est pour l'instant assez peu connue et assez peu étudiée. Elle est pourtant pleine d'avenir. Raison de plus pour l'étudier. Il ne s'agit ici que d'évoquer quelques idées élémentaires.

II – L'hypothèse du contrat de compliance

7. Confier à un tiers le soin d'assurer sa « conformité » à une « réglementation » : le « contrat de conformité ».

Il est très courant qu'une entreprise, estimant que ses forces doivent se concentrer sur son activité, se conformer à la réglementation n'en constituant pas une, passe un contrat à des prestataires pour faire en sorte d'être en règle avec notamment le règlement général sur les données personnelles (RGPD), ou les textes sur le lancement d'alerte. Par ce contrat de prestation de services, cette entreprise, se prévalant le plus souvent de ses compétences technologiques bien plus que juridiques, va mettre en place des plateformes et des algorithmes, pour s'assurer que son cocontractant est « conforme » à une réglementation identifiée. La compliance *by design* qui prétend intégrer dans l'infrastructure algorithmique des entreprises le respect automatique de la réglementation répond à cette demande de prestations.

8. Confier à un tiers le soin de concourir aux buts monumentaux dont l'entreprise a la charge : le « contrat de compliance ». Le plus souvent l'entreprise sait que le droit requiert à la fois plus que de la conformité, puisqu'il s'agit qu'elle œuvre effectivement pour que des buts monumentaux soient atteints, par exemple en matière climatique ou de promotion des femmes, et requiert moins puisqu'il ne s'agit pas d'obtenir l'effectivité de « toute la réglementation applicable à l'entreprise », mais uniquement celle qui constitue un instrument pertinent au regard de ces buts. Pour cela, l'entreprise va passer des contrats de prestations, par exemple avec des prestataires, notamment des « tiers de confiance », qui vont se multiplier dans les systèmes qui se mettent en place.

9. La « conformité » et la « compliance », prestation essentielle justifiant la qualification de « contrat de compliance », contrat spécifique. L'on peut considérer qu'il s'agit d'un contrat spécifique. En effet, dans les exemples pris, l'objet même du contrat est la concrétisation par l'entreprise de son obligation de compliance grâce à la prestation d'un tiers ainsi contractuellement obtenue : la compliance est l'objet même du contrat. Le plus souvent, les parties le dénomment ainsi. Si elles ne le font pas, le juge pourra et devra le faire par son pouvoir de qualification.

10. L'influence de la définition générale de la compliance sur l'interprétation du contrat de compliance. Cette qualification implique que l'interprétation du contrat devra se faire non seulement au regard de la volonté des parties mais encore au regard du droit de la compliance, c'est-à-dire des législations dont le respect est assuré ou/et des buts monumentaux qu'il s'agit de concrétiser par le contrat.

11. L'influence de la définition générale de la compliance sur le régime du contrat de compliance. Le droit de la compliance va influencer sur le régime de ce contrat spécifique. Ainsi, le contrat pourra transformer une obligation de moyens en obligation de résultat, si une telle stipulation n'est pas abusive pour le débiteur, mais pas l'inverse si l'obligation légale est de résultat, comme l'obligation de cartographier, par exemple.

12. L'impossibilité de transférer sur autrui la « responsabilité personnelle » de l'entreprise. En outre, le contrat

étant un instrument de réalisation par autrui de ses obligations, si celles-ci sont d'origine légale, ce contrat ne pourra pas transférer sur autrui ce que le Conseil constitutionnel désigna, à juste titre, à propos du devoir de vigilance, objet de tant de clauses, comme une « responsabilité personnelle » de l'entreprise, qui répondra elle-même de la bonne ou mauvaise exécution par son cocontractant. Le droit de la compliance ne se délègue pas.

13. Le bienfait probatoire du contrat de compliance. Mais, en droit de la compliance, l'enjeu majeur pour les entreprises est de nature probatoire : les entreprises doivent préconstituer la façon dont elles exécutent leurs obligations de compliance, et ce, quelle que soit la place qu'elles occuperont dans les possibles procès ultérieurs. Les contrats peuvent avoir pour effet bénéfique de constituer des réservoirs de preuves pour démontrer les « meilleurs efforts » faits par l'entreprise.

III – La multitude des clauses de compliance et les questions ouvertes

14. Des clauses de compliance insérées dans des contrats ayant un autre objet. D'une façon plus courante, à l'occasion de très multiples contrats, une clause indique l'obligation de se conformer à une réglementation, ou renvoie à une « politique de respect des données à caractère personnelle » ou à un « engagement de vigilance », qui va engendrer des obligations. Par exemple, une obligation pour l'un de laisser l'autre pénétrer dans son entreprise pour opérer des « audits de compliance ». Ces clauses opèrent souvent par simple renvoi (à


des sites). Les obligations sont sanctionnées lourdement, par exemple par la résiliation, ou l'application d'une clause pénale.

15. Des clauses à apprécier selon leur objet et leur effet. Dans un droit téléologique, il faudra que ces clauses soient appréciées selon leur objet et leur effet, sous la double considération et de l'objet du contrat dans lequel elles sont insérées, par exemple un contrat de distribution, et du droit de la compliance qu'elles concrétisent. L'inégalité possible entre les parties sera à prendre en considération.

16. Qui est contraint à moins peut se contraindre à plus, et non l'inverse. Le droit de la compliance étant le plus souvent d'ordre public, les parties peuvent s'engager à faire plus que ce que les lois exigent d'elles, par exemple pour protéger les données, mais une clause ne peut leur permettre de se soustraire à l'obligation légale de compliance. En pratique, l'art de rédiger les clauses va se confronter à l'art des juges pour discerner dans celles-ci ce qui ajoute et ce qui retranche par rapport à la loi.

17. Des clauses structurantes pour l'obtention extraterritoriale d'une régulation hors secteurs régulés. Plus encore, ces clauses, de transmission d'information, d'audit, de secret, d'alerte, etc., ont une nature structurante. Elles n'opèrent pas un échange mais construisent une structure, notamment dans les chaînes de valeurs, comme va le montrer le devoir contractualisé de vigilance.

18. Les rapports entre compliance et contrats ne font que commencer.



Plus de 20 000 clients nous font déjà confiance !

Découvrez le service **Illimité !**

qui vous donne toutes les réponses dans tous les domaines du droit

- Une réponse claire, rapide et fiable*
- Un outil d'aide à la décision
- Un forfait illimité pour plus de confort

Pour toute question, notre service Relations clientèle se tient à votre disposition au 01 40 92 20 85

L'appel expert est une marque du premier groupe français d'édition juridique. Elle réunit les fonds documentaires de trois éditeurs : Éditions Dalloz, Éditions Législatives et Éditions Francis Lefebvre.

* Les réponses apportées par le service L'appel expert ont pour seul objet de fournir des renseignements et informations à caractère documentaire conformément à la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n°90-1259 du 31 décembre 1990. Ces informations n'ont en aucun cas valeur de consultation juridique.