Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance[1]

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE
Agrégée des Facultés de Droit,
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

I. LES BUTS MONUMENTAUX, CŒUR NOUVEAU, ORIGINAL ET PROPRE AU DROIT DE LA COMPLIANCE

Cette définition proposée en 2016[2], centrant normativement le droit de la compliance sur des « buts monumentaux », rend compte d'un concept juridique nouveau, qui s'est construit sur une ambition nouvelle, elle-même fruit de l'Histoire, le terme de « compliance » pouvant traduire cette nouveauté (A). Ces buts monumentaux au cœur du Droit occidental de la compliance donnent à celui-ci une définition substantielle (B). Ils peuvent ainsi former le cœur juridique d'un droit nouveau et unifié de la compliance (C).

A. « COMPLIANCE » : UN TERME NOUVEAU POUR DÉSIGNER UNE AMBITION NOUVELLE : DES BUTS MONUMENTAUX DESSINÉS PAR L'HISTOIRE

Parce que l'ensemble des obligations et devoirs, des pouvoirs, des institutions et des personnages sont nouveaux, il est adéquat, ne serait-ce que pour y comprendre quelque chose, d'utiliser un mot nouveau : « compliance » présente cet avantage linguistique, comme le présentait avant lui le terme « régulation ».

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires, de nombreuses références techniques et de liens hypertextes. Il est librement accessible à l'adresse suivante : https://mafr.fr/fr/article/les-buts-monumentaux-coeur-battant-de-la-normativi/
2. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *D.* 2016. Chron., sept., n° 32.

Rien pourtant ne s'écrit sur feuille blanche. De la même façon que les mécanismes de compliance trouvent écho dans les branches du droit classiques et s'articulent à celles-ci, le droit de la compliance n'est pas apparu du jour au lendemain. Comme tous les autres corpus, il a eu un hier et il aura un lendemain. Ce sont des faits qui ont engendré son apparition. Il est né il y a longtemps aux États-Unis. Non pas pour envahir le monde, mais en réaction à une catastrophe qui frappa ce pays : la crise de 1929, de la même façon que le droit de la compliance prit forme en Europe lorsque la performance technologique apparut comme un danger systémique pour les personnes.

1. Naissance du droit américain de la compliance afin de prévenir le renouvellement de la crise de 1929, ravivé par chaque nouvelle crise

Le droit de la compliance semble n'avoir jailli de nulle part, tant il paraît « étrange ». Indépendamment des racines décelables dans les mécanismes classiques du système juridique, l'on peut en situer l'apparition plus identifiable et factuelle d'une part aux États-Unis et d'autre part en Europe. Dans les deux cas, cela fut toujours en réaction à une sorte d'agression : dans le premier cas, la crise de 1929, dans le second, le danger que constitue pour l'individu la technologie du numérique. De ces deux histoires autonomes et nouées, le droit de la compliance porte fortement la trace.

La crise majeure de 1929 tire en grande partie son origine des comportements internes à des entreprises que les autorités publiques ne pouvaient détecter, des personnes ayant utilisé des informations qu'elles détenaient, en raison même de leur position dans ces entreprises, pour agir à leur profit sur les marchés financiers. L'effet systémique de cette exploitation de l'asymétrie d'information a été colossal, puisque s'en est suivie la crise économique et sociale de 1929, dont la dimension monétaire s'est répercutée en Europe, notamment en Allemagne, confluant avec d'autres difficultés majeures, ce qui mena à la Seconde Guerre mondiale.

Prenant appui sur ce constat de l'origine possible des crises systémiques dans les entreprises, Roosevelt a donc décidé de mettre en place une autorité, des prohibitions et des obligations pour prévenir le renouvellement d'une crise d'une ampleur aussi phénoménale que la crise de 1929, en interdisant non seulement l'utilisation d'informations privilégiées (délits d'initiés), mais encore en obligeant les entreprises à détecter et à prévenir les abus de marché, pouvant ainsi prévenir une nouvelle crise systémique.

La dimension systémique de la crise a justifié que le droit nouveau soit adopté au niveau fédéral, phénomène rare aux États-Unis, où par exemple le droit bancaire demeure de niveau étatique. Par la loi du 6 juin 1934 fut établie la *Securities and Exchange Commission* (*SEC*) qui exerce son office sur l'ensemble des marchés financiers américains et veille à l'effectivité de la

prohibition des abus de marchés financiers, notamment les manquements d'initiés et la diffusion de fausses informations.

La loi oblige les entreprises exposées aux marchés financiers à être transparentes et à agir elles-mêmes pour que l'information soit partagée ou qu'à tout le moins, si elle ne l'est pas, elle ne soit pas exploitée sur les marchés par les « initiés ». L'idée est de protéger les marchés financiers d'une défaillance pouvant causer leur effondrement. La prohibition des abus de marché, donnant lieu à des sanctions *ex post*, est articulée à des obligations *ex ante* centrées autour de l'information permanente des investisseurs. Cela justifie le principe procédural de transparence, qui caractérise les marchés financiers par rapport aux marchés concurrentiels des biens et services ordinaires. La *SEC* centralise et diffuse l'information, contrôle sa qualité. Cela justifie notamment son rôle déterminant dans la protection des lanceurs d'alerte en tant que ceux-ci restaurent la pleine information des marchés financiers.

Le droit américain a conservé cette dimension systémique, réaffirmée à chaque crise, en tant que celle-ci a révélé une défaillance de l'aptitude du droit américain fédéral à connaître l'état effectif des entreprises puisant dans l'épargne publique. Ainsi, les faillites des entreprises Enron et WorldCom ont montré qu'une entreprise cotée, spécialisée, pouvait tromper les marchés non seulement malgré une communication financière abondante mais encore grâce à celle-ci, notamment grâce à des manipulations comptables. Le Congrès américain adopta donc en 2002 la loi dite « Sarbanes-Oxley », qui superpose aux normes professionnelles comptables des exigences de compliance pour rendre l'information donnée aux investisseurs plus fiable. En raison de la globalité des marchés financiers, la portée de cette loi est extraterritoriale. La loi oblige le directeur général et le directeur financier à certifier les comptes, ce qui les rend juridiquement responsables.

Ceux-ci doivent être complétés d'une série d'informations, notamment le rapport des auditeurs ou les engagements hors bilan, dont l'importance est telle qu'on a pu dire que les comptes n'étaient plus aujourd'hui que l'annexe de leurs annexes. D'une façon continue, un comité d'audit doit contrôler les *process*, le choix des auditeurs externes est davantage organisé, notamment leur rotation, le *Public Company Accounting Oversight Board* (*PCAOB*) est créé pour superviser les cabinets d'audit, tandis que la *SEC* elle-même vérifie régulièrement le comportement des sociétés cotées, sans qu'il y ait nécessairement un soupçon d'abus. Ce dernier point montre la dimension pleinement *ex ante* du dispositif et la pénétration de l'autorité dans l'entreprise, passant de la régulation du marché à la supervision des entreprises qui s'y financent.

La crise financière de 2008 va déclencher une réaction analogue. Pour reprendre le titre du rapport de la Commission européenne à propos de l'audit, il s'agira de tirer « les leçons de la crise ». En effet, comme en 1929, la crise financière de 2008 prend à la fois sa source dans une faillite d'entreprise, celle

de la banque d'affaires *Lehman Brothers*, davantage en raison d'une crise de liquidités que d'une manipulation de marché. Il demeure que l'effet systémique est majeur puisque, comme en 1929, l'effet dévastateur en fut mondial. Il fut moindre qu'en 1930 puisque les États étaient là pour briser les cascades produites par « l'effet domino », mais la leçon fut de trois ordres. En premier lieu, l'information n'avait pas été suffisante, sinon les investisseurs auraient réagi de façon adéquate, les autorités de régulation n'étant pas elles-mêmes assez perspicaces. En deuxième lieu, il fallait trouver des mécanismes qui ne favorisent pas ceux qui ont causé la difficulté systémique (« aléa moral ») et profitent ensuite de l'aide publique qui puise dans les ressources des contribuables, qui ne sont pourtant pas à l'origine de la situation. En troisième lieu, les conflits d'intérêts structurels permettant à un opérateur de marché d'être à la fois un intermédiateur de marché et un prêteur avaient engendré des comportements préjudiciables et une fragilité de l'entreprise systémique, ce à quoi il fallait remédier.

C'est donc toujours au niveau fédéral que la loi dite « Dodd-Frank » de 2010 intervient pour prévenir une nouvelle crise en gérant mieux ce risque systémique logé dans l'asymétrie d'information inhérente au système financier. Parce que le droit américain demeure fidèle au principe libéral, l'idée est de protéger l'investisseur non pas par une intervention directe de l'administration, mais de donner à celui-ci les moyens de réagir dans son intérêt, ce qui protège au mieux le système tout entier. Basée sur l'économie comportementale, la loi dote ainsi les investisseurs, qualifiés de « consommateurs » de produits financiers, de nouveaux pouvoirs et de nouveaux droits pour obtenir des informations et demander des comptes aux dirigeants. En outre, pour renforcer la solidité des opérateurs et pallier les possibles conflits d'intérêts, le dispositif dit « règle Volcker » a été intégrée pour distinguer structurellement des activités à risque et pour les faire superviser en interne par le service de la compliance, voire interdire aux banques certaines activités pour compte propre, parce qu'elles avaient participé au déclenchement de la crise. En raison de son caractère structurel, la règle Volcker est dotée d'un effet extraterritorial.

Pareillement, la dimension systémique de la corruption, qui abîme un système économique même lorsque le pacte corruptif est commis à l'étranger, justifia l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act* (*FCPA*), loi fédérale américaine de 1977. En effet, la corruption d'agents publics à l'étranger a un impact systémique qui détériore l'ensemble du système économique, effet que ne produit pas la méconnaissance d'un embargo. Il ne faut pas confondre droit de la compliance et sanctions internationales. Cette dimension a justifié l'effet extraterritorial du *FCPA*, effet dont se plaignent les entreprises qui, en tant que personnes juridiques, ne relèvent pas de l'ordre juridique américain. La confusion souvent faite entre l'application, notamment par l'*Office of Foreign Assets Control*, établi par le *FCPA*, et des règles de compliance dans le dispositif de compliance contre le blanchiment d'argent, notamment par la *SEC*, qui sont

justifiées par cette dimension systémique globale, avec l'usage critiquable qui fut fait de sanctions internationales en matière d'embargo, où cette dimension systémique n'existe pas, a grandement endommagé la perception et la compréhension du droit de la compliance.

Malgré le flot de critiques, l'on observe pourtant une continuité du but monumental du droit américain de la compliance, visant à détecter et à prévenir les risques de systèmes. Les législations d'une très grande complexité ont un point commun : elles ont toutes pour but de prévenir le déclenchement d'une crise systémique bancaire ou/et financière et, si celle-ci devait advenir, de la gérer puis d'en sortir. La complexité et le pointillisme de la masse des dispositions contrastent avec la simplicité et l'unicité de ce « but monumental » : se saisir de l'avenir pour que n'arrive pas la catastrophe, et si celle-ci débute, avoir les moyens immédiats et efficaces, au besoin hors-normes, pour en sortir.

L'Europe reprit cette conception, en même temps qu'elle recevait les effets néfastes des comportements dommageables des entreprises américaines et des insuffisances du droit américain de la régulation.

Mais par ailleurs, parce que l'Europe a son histoire propre, elle a produit un droit de la compliance à partir de ses propres catastrophes.

2. Naissance du droit européen de la compliance afin de protéger l'individu des systèmes construits sur les informations qui le concernent

Le droit européen de la compliance est lui aussi ancré dans l'histoire. Lui aussi, il est le résultat de catastrophes. Mais celles-ci sont tout autres. Cela explique que son cœur soit dans le droit des dites « données à caractère personnel », souvenir de la catastrophe européenne qui se déploya dans le système juridique et administratif nazi. D'une façon plus proche et moins dramatique, Koen Lenaerts, président de la Cour de justice de l'Union européenne, situe la naissance du droit de la compliance en Europe à la défense de la personne par le droit contre l'usage qu'une entité puissante peut faire, grâce aux performances technologiques, des informations personnelles qui concernent cette personne.

Comme aux États-Unis où le choc de la crise de 1929 déclencha la naissance des premières lois, c'est également la guerre qui fait comprendre l'évolution européenne. Il est remarquable qu'actuellement l'événement systémique que le droit de la compliance pourrait faire éviter, notamment dans son lien avec la détection du terrorisme, est encore la guerre. Mais l'angle européen en est tout différent, parce que l'Histoire est différente.

L'Europe a été marquée par ce que l'on appellerait dans une terminologie moderne les « fichiers de données à caractère personnel ». L'atrocité de la Seconde Guerre mondiale, son incommensurabilité, tiennent à ce que les

personnes juives ont subi. Cette « information à caractère personnel » spécifique a été notamment recueillie, centralisée, exploitée, les fichiers et notamment les « fichiers juifs » ayant contribué à l'atrocité. Les fichiers n'ont pas été élaborés clandestinement : l'État les a officiellement établis, la doctrine juridique a commenté le « décret juif », etc. Sans doute n'y voyait-elle qu'un *process*. La technocratie nazie a déployé ce qu'elle pouvait d'efficacité à partir de ce traitement de données à caractère personnel. La technologie disponible ne permettait alors pas davantage.

Lorsqu'à partir des années 1970 l'informatique s'est déployée, à la fois le droit français et le droit allemand ont identifié le danger que des fichiers peuvent représenter pour les individus, dès l'instant qu'ils contiennent des « informations qui les concernent ». Le droit étant œuvre de mémoire, l'idée a été d'empêcher qu'à l'avenir une catastrophe monumentale comme l'a été la Shoah, ou quoi que ce soit qui lui ressemble, puisse se renouveler. En France, la loi du 6 janvier 1978 a institué la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Même après la transposition du règlement dit RGPD, ce titre a été conservé pour que chacun garde en mémoire que les libertés de l'être humain doivent être protégées dans un espace où la puissance informatique se déploie, y compris lorsque cette puissance est maniée par l'État.

L'informatique s'est déployée non pas tant entre les mains de l'État mais dans les entreprises, plutôt les entreprises américaines, dans un nouvel espace : l'espace numérique. Parce que le juge a vocation à défendre les êtres humains et doit répondre aux questions qu'on lui pose, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans l'arrêt du 13 juillet 2014, *Google Spain*, a posé qu'un moteur de recherche a l'obligation d'empêcher qu'un internaute puisse accéder à une information à caractère personnel d'un autre sans le consentement de celui-ci. Pour fonder une telle solution, la Cour a purement et simplement inventé un droit subjectif dont celui-ci est titulaire : le « droit à l'oubli », nouvelle formulation de ce qui n'était que le droit, dans les législations nationales précitées, de demander aux titulaires de fichiers de retirer la mention de son nom et des informations y afférentes.

Puis le Règlement européen du 26 avril 2016 a organisé la protection des personnes à propos de la collecte et l'exploitation des informations qui les concernent. Les entités qui y procèdent doivent intégrer ce souci premier dans leur conception même ; la *privacy by design*, étant une forme de *compliance by design*, donne à voir ce souci de protéger elles-mêmes autrui, en s'empêchant de tirer profit de ces objets de grande valeur que sont les informations à caractère personnel. Les lois américaines, notamment la loi californienne du 12 juillet 2018, protègent davantage le consommateur, tandis que le marché d'achat et de vente de ce type d'information prospère. Cela tient à la différence d'Histoire : à chaque continent ses traumatismes.

B. LES BUTS MONUMENTAUX, CŒUR DE LA DÉFINITION SUBSTANTIELLE DU DROIT DE LA COMPLIANCE

À quoi sert cette masse réglementaire ? Cette question simple n'est pas à l'extérieur du droit. Dans le droit économique gouverné par ses finalités (droit téléologique), ce sont les buts qui juridiquement gouvernent les divers instruments, notamment les réglementations. Les mécanismes de compliance sont gouvernés par des buts monumentaux. Après avoir explicité ce concept (1), il convient de distinguer les buts monumentaux « négatifs » (2) et « positifs » (3), l'ensemble pouvant se subsumer dans ce qui les unit : le souci d'autrui (4).

1. Concept de « buts monumentaux »

Le droit étant un art pratique, il a certes toujours eu un but, mais celui-ci est classiquement placé à l'extérieur de la branche du droit considérée. Par exemple, le but pour lequel le droit organise les familles ne constitue pas le centre normatif du droit de la famille. Mais dans une conception plus récente, notamment en droit économique, ce pour quoi les divers instruments juridiques sont agencés est au contraire ce qui constitue le cœur normatif de la branche du droit : ces branches du droit dites « téléologiques » sont juridiquement gouvernées par leurs buts. Il devient alors techniquement essentiel de déterminer ceux-ci. Les diverses branches du droit qui composent le « droit économique » sont de cette nature-là. Par exemple, l'on affirme que le droit de la concurrence a pour but le développement des marchés par la libre rencontre des offres et des demandes, mais si l'on oriente les règles de cette branche, sans même en changer la règle, vers d'autres buts, les solutions peuvent changer radicalement.

Les buts peuvent être non seulement très variés, mais encore de diverses forces. Par exemple, il peut ne s'agir que de mieux servir une autre règle. Ce fut la conception ancienne de la procédure, conçue pour servir les branches substantielles du droit ; c'est encore développé pour le droit de la conformité, qui n'aurait pour but que de rendre plus effective telle ou telle branche du droit. C'est donc un but *a minima* puisque pas même autonome. Il peut aussi s'agir de buts autonomes mais très divers, issus de la volonté ponctuelle et variant dans le temps des législatifs qui décident d'utiliser les instruments juridiques de la compliance.

Il peut encore s'agir d'influencer l'avenir pour qu'il soit différent de ce qu'il serait si le droit n'intervenait en *ex ante* : cette intervention immédiate qui change l'avenir et le construit comme on veut qu'il soit est un « but monumental ». Un « but » puisque tout le dispositif juridique repose sur cette volonté s'exerçant sur l'avenir ; « monumental » puisque ce but mobilise un ensemble d'instruments juridiques nouveaux et puissants pour que l'avenir apparaisse sous une forme qu'il n'aurait pas eue sinon : c'est donc le droit

de la compliance qui construit l'avenir, comme l'on construit un monument, comme le fait un architecte, qui utilise toute sa force en s'appuyant sur les bâtisseurs que sont les entreprises.

Cela ne peut concerner que certains buts particuliers, car construire l'avenir en mobilisant les entreprises et les autorités publiques, par une force juridique inédite, ne se justifie que pour certains buts spécifiques : les buts monumentaux « négatifs » et les buts monumentaux « positifs ».

2. Concept de « buts monumentaux négatifs »

Le droit de la compliance a été historiquement construit pour que dans le futur, des événements n'arrivent pas : c'est en cela qu'il doit être qualifié de « négatif ». La crise systémique en est le parangon : si l'entreprise est obligée d'en détecter les risques, c'est pour que n'advienne pas la catastrophe de l'ensemble du système. Cet « effet domino » si redouté a toujours été connu et craint dans le système bancaire, expliquant que le droit de la compliance trouve son emprise la plus ancienne et la plus profonde dans ce secteur-là. En raison de l'imbrication entre les activités bancaires et financières, le but « négatif » est d'éviter l'avènement de la catastrophe : par exemple, la défaillance de l'établissement systémique (par la supervision), ou/et de briser l'effet domino (par la résolution).

Mis en place pour les systèmes économiques et financiers, les buts monumentaux négatifs donnent une cohérence aux mécanismes qui détectent et préviennent des comportements non pas en tant qu'ils sont répréhensibles en soi mais en raison de leur effet systémique dolosif. Ainsi, le blanchiment d'argent, la corruption, le terrorisme sont tous trois des comportements qui corrodent les sociétés et font émerger un risque de déstabilisation et *in fine* de guerre. C'est pourquoi ils sont l'objet du droit de la compliance alors que l'homicide, comportement plus grave que la corruption par exemple, ne l'est pas car il n'est pas systémique.

L'évolution du monde justifie en revanche que le sujet climatique soit aujourd'hui sous l'emprise du droit de la compliance, puisque les faits sont systémiques et qu'une volonté se dégage pour vouloir que l'avenir ne soit pas catastrophique, ce qu'il sera si des instruments de compliance ne sont pas utilisés.

La nature systémique et la volonté de protéger les systèmes sociaux pour qu'ils ne dégénèrent pas dans le futur tiennent avant tout à des considérations techniques, établies par des disciplines scientifiques, l'économie pour les défaillances de marché ou la science pour la question climatique. Cela facilite d'autant plus l'adoption de règles globales, puisque les répercussions du fait à combattre sont elles-mêmes non territoriales. Cela est moins aisé pour les buts monumentaux « positifs ».

3. Concept de « buts monumentaux positifs »

La volonté portée par le droit de la compliance d'un avenir qui soit différent de celui qu'il aurait été sans la puissance de ce droit peut être « positive » : faire en sorte qu'un événement systémique advienne, alors qu'il ne serait pas advenu sans les instruments de compliance enclenchés. C'est le cas si l'on veut, par exemple, une l'égalité effective entre les êtres humains, notamment les femmes et les hommes en commençant par l'égalité salariale.

Les buts monumentaux « positifs » sont plus politiques, l'éthique y est plus présente. Le risque systémique y est moins immédiatement présent et c'est davantage l'idée d'un avenir meilleur qui anime alors les règles. Ils s'imposeraient donc moins, seraient plus contestables et sont souvent plus ancrés dans une culture d'une société particulière, voire d'une partie de la population de celle-ci, voire se rattachent à une opinion politique. Ils peuvent pourtant constituer un stade ultérieur des buts monumentaux négatifs.

4. Articulation entre les buts monumentaux : le souci d'autrui

En effet, la lutte contre le risque systémique des marchés bancaires et financiers, en permanence menacés d'effondrement, devient elle-même plus pérenne si les dispositifs de compliance prennent pour but non plus tant l'évitement de l'effondrement mais l'organisation structurelle et comportementale de la durabilité. De la même façon, le droit de la compliance climatique a pour but monumental la conservation de l'équilibre climatique et biologique, ce qui relève de la même notion de durabilité. En cela, l'on peut dire que dans une conception plus dynamique, l'ensemble des buts monumentaux sont avant tout des buts positifs.

Si l'on veut plus encore réduire la diversité, non seulement les buts normativement poursuivis deviennent positifs, mais l'on peut cesser de mettre dans des catégories radicalement distinctes ce qui relève de l'efficacité économique et ce qui relève des êtres humains. L'on se souvient que cette *summa divisio* avait été utilisée pour le droit de la régulation dans les années 1980, en opposant la régulation économique et la régulation des libertés publiques, ce qui conduisait à classer la régulation des médias dans celle-ci en laissant de côté la dimension économique essentielle que présentent les médias. Le droit de la compliance étant le prolongement du droit de la régulation, il convient à l'inverse de mesurer la part que la considération des êtres humains doit prendre dans le souci de l'efficacité des systèmes économiques.

C'est ainsi que le droit de la compliance en matière de data, comme le souligne l'intitulé exact du règlement européen toujours appelé « RGPD », vise non seulement cette protection des données qui concerne les personnes mais encore la circulation des données. De la même façon, la protection de la nature par la compliance climatique vise avant tout à ce que les générations futures puissent y vivre encore.

C'est donc toujours le souci d'autrui, que l'on retrouve dans l'ensemble des dispositifs de compliance, qui vise à rendre durables les systèmes. En cela, la définition du droit de la compliance par les buts monumentaux exprime l'humanisme dont le droit est lui-même gardien, ce qui la distingue fortement de la définition du droit de la conformité, présentée comme un respect par l'entreprise de toute la réglementation qui lui est applicable.

C. LES BUTS MONUMENTAUX, CŒUR JURIDIQUE D'UN DROIT NOUVEAU ET UNIFIÉ DE LA COMPLIANCE

Ce concept de buts monumentaux permet de donner une cohérence à une multitude de mécanismes tellement compliqués et variables que personne ne s'y retrouve plus vraiment. En raison de la nature téléologique du droit de la compliance, en éclairant d'une façon unitaire des mécanismes si hétéroclites et d'une façon si constante des mécanismes si changeants, les buts monumentaux simplifient techniquement l'ensemble : au-delà d'une lettre toujours plus compliquée, l'esprit en est simple. Aux États-Unis, la préservation du système pour qu'il demeure solide dans le futur ; en Europe, que cette solidité bénéficie avant tout à l'individu et qu'au besoin l'intérêt de celui-ci soit préféré à celui du groupe. En Chine, que l'intérêt du groupe demeure servi dans la durée. Toutes les réglementations qui mettent en cause le futur systémique doivent être guidées, dans leur adoption, non seulement par les entreprises mais encore par les autorités publiques, et dans leur interprétation par les uns et les autres, non seulement par les entreprises mais encore les juridictions, par ces buts monumentaux, qui fondent juridiquement cette branche du droit.

Par les buts monumentaux, le droit de la compliance se saisit de l'avenir. Tandis que le droit de la conformité n'est *ex ante* que pour opérer le respect de la réglementation plutôt que de sanctionner *ex post* les violations de celle-ci, ce qui est une conception fondée mais n'est pas une conception nouvelle, le droit de la compliance conçu comme ayant sa normativité dans les buts monumentaux est radicalement nouveau en ce que son objet est l'avenir. Il exprime en cela une prétention, imposée par les autorités publiques aux entreprises qui sont en position de la concrétiser, éventuellement partagée par celles-ci, de faire en sorte que l'avenir soit différent de ce qu'il serait sans cette action *ex ante*. Cette normativité juridique contenue dans ces buts monumentaux constitue la nouveauté de cette branche du droit.

Les buts monumentaux donnent aussi l'unicité de cette branche du droit. En lui donnant de ce fait des contours, ils en limitent l'emprise. Il ne s'agit pas de développer les instruments de compliance pour toute la réglementation, mais uniquement pour ce qui est en cause d'une façon systémique pour le futur. Dès lors, la puissance développée par cette nouvelle branche du droit trouve une unicité, puisque beaucoup de règles ne se rattachent pas à cela,

et lui donne aussi sa mesure : il ne s'agit pas de faire régner toute la réglementation, par avance et sur tous. Il ne s'agit pas de remplacer le principe de liberté de chacun, sauf à répondre de son action par le mécanisme de la responsabilité, mais d'être contraint d'agir effectivement lorsque l'avenir est d'ores et déjà en jeu d'une façon systémique. En cela, les buts monumentaux donnent une unicité négative (en ce que cela n'est pas : cela ne vise pas toute la réglementation) et une unicité positive (en ce que c'est : obtenir un futur durable dessiné par une volonté politique).

II. LES BUTS MONUMENTAUX, CŒUR DE LA NATURE SYSTÉMIQUE ET POLITIQUE DU DROIT DE LA COMPLIANCE

Parce que le droit de la compliance préserve en *ex ante* la durabilité des systèmes, il peut imposer des contraintes inédites et accorder les pouvoirs nouveaux à des entreprises, justifiés par cette nature systémique (A). Plus encore, parce qu'il porte une ambition de dessiner le futur grâce aux entreprises, continuant ainsi le droit de la régulation, il concrétise en cela des choix de nature politique (B).

A. LES BUTS MONUMENTAUX, CŒUR DU SYSTÈME DU DROIT DE LA COMPLIANCE

Les buts monumentaux participent directement au système de compliance puisqu'ils placent le droit de la compliance dans la gestion des risques systémiques (1). Ils peuvent porter ce souci systémique au-delà des secteurs, ce qui est particulièrement précieux dans des espaces qui ne constituent pas des secteurs, notamment l'espace numérique (2).

1. Le droit de la compliance, gestion des risques systémiques

Le droit de la compliance est un système de gestion de risques systémiques. Les contraintes inédites qui pèsent sur les entreprises, notamment par l'effet extraterritorial du droit de la compliance, se justifient par la portée globale des risques eux-mêmes. En effet, les risques sanitaires ou climatiques se diffusent sans considération des frontières. Plus encore, les espaces financiers et numériques sont en grande partie immatériels. Il est remarquable que l'expression de « régulation du numérique » est aujourd'hui courante alors qu'il ne s'agit pas d'un secteur et que le droit de la régulation supposait naguère la préexistence d'un « secteur ». Ainsi la cartographie des risques est le moyen de détecter et de prévenir les catastrophes systémiques, ce qui explique sa pratique plus ancienne dans les secteurs régulés et supervisés, notamment le secteur bancaire, que dans les autres.

Il est fréquent que dans les établissements bancaires le service en charge de la compliance soit également en charge des risques. Cela signifie que le département « compliance » de l'entreprise n'a pas en charge l'effectivité de toute la réglementation applicable à celle-ci mais, et c'est tout autre chose, l'appréciation des risques que l'entreprise court et qu'elle-même fait courir au système, si elle est elle-même systémique. Apparaît alors le lien entre le droit de la compliance et les mécanismes de supervision dont l'entreprise fait l'objet.

2. Le droit de la compliance, déploiement a-sectoriel du droit de la régulation

Parce que ces buts monumentaux convergent, voire sont identiques à ceux du droit de la régulation, le droit de la compliance apparaît comme le relais, voire l'amplification du droit de la régulation, particulièrement efficaces pour les espaces globaux ou non sectoriels. Le droit de la compliance imposant à certaines entreprises l'obligation, le pouvoir et les droits nécessaires pour obtenir que des crises n'adviennent pas et que les systèmes soient dotés de la qualité, désormais juridique, de durabilité, souci que les entreprises elles-mêmes partagent par intérêt ou/et par conviction, il peut se déployer dès l'instant qu'il pénètre dans les entreprises sans qu'il soit nécessaire d'établir au préalable une autorité spécifique. Cela est particulièrement utile lorsque les risques sont inhérents à des espaces mondiaux que des autorités publiques ont du mal à réguler faute de pouvoir elles-mêmes être globales (cas de l'espace financier) ou que l'espace est immatériel : ce qu'est l'espace financier, ce qu'est par nature l'espace numérique. Obliger les entreprises à prendre le relais de la garde des systèmes, le numérique pouvant être considéré comme le système premier du monde, permet l'usage de moyens juridiques à portée systémique, laquelle exige une perspective *ex ante*.

B. DROIT DE LA COMPLIANCE, DROIT CONCRÉTISANT DES AMBITIONS POLITIQUES

Les buts monumentaux situent le droit de la compliance comme ayant pour objet l'avenir pour qu'il soit différent de ce à quoi le cours des choses mènerait. En cela, ils font du droit de la compliance un choix pour l'avenir, ce qui est par nature un exercice politique (1). Cette dimension s'accroît lorsqu'il s'agit des buts monumentaux positifs (2).

1. Choisir son avenir, exercice par nature politique

Choisir ce que doit être l'avenir est l'expression d'une volonté par nature politique. Même si l'on se contentait de poser que le système ne doit pas à l'avenir entrer en crise, c'est déjà en cela faire un choix de nature politique, car de nombreux travaux montrent à l'inverse la nature salutaire de la crise,

facteur d'innovations et d'apprentissage. Le goût pour ce qui brise et renouvelle l'ensemble, à travers le terme de « disruptif », montre la pertinence de cette conception.

Si les institutions et le droit posent d'exclure cette hypothèse, en matière bancaire, financière, énergétique, numérique, etc., elles formulent en cela un choix, consistant notamment à privilégier un certain état du futur, notamment pour que certaines personnes ne paient pas pour que d'autres recueillent les bienfaits des changements apportés par la crise. Cette permanence ainsi politiquement décidée en fait peser le coût sur les acteurs présents. Le pouvoir de faire ce choix politique est généralement confié à l'État, au nom de l'intérêt général, en ce qu'il est légitime à opérer les choix pour le futur du groupe social, ces choix exprimant en outre la souveraineté.

2. Accroissement de la dimension politique dans le droit de la compliance défini par des buts monumentaux positifs

Poser normativement que n'arriveront pas certains événements futurs, comme la faillite du système bancaire et financier, est déjà l'expression d'une volonté politique. Cette dimension est encore plus perceptible si le droit téléologique que constitue le droit de la compliance pose l'ambition que doivent exister à l'avenir des situations qui sinon, sans cette volonté préalablement exprimée, n'existeraient pas. C'est le cas en premier lieu lorsque des politiques industrielles se mettent en place, notamment en matière d'infrastructures de données.

Le droit de la compliance opère alors la jonction entre la politique industrielle et le droit de la régulation, notamment dans la protection effective qu'il peut opérer des droits de la propriété intellectuelle, ce que le droit de la concurrence ne peut faire puisque la propriété intellectuelle construit des monopoles.

Cette dimension politique apparaît plus nettement encore lorsqu'il s'agit d'utiliser directement la puissance des entreprises, parce qu'elles sont en meilleure position que d'autres entités pour concrétiser le cœur normatif du droit de la compliance, pour la protection des êtres humains. C'est expressément dit dans la loi du 23 mars 2017, dite « Loi Vigilance », dont l'objet est la prévention de la violation des droits humains, c'est-à-dire la prise en charge par les entreprises de l'effectivité de ceux-ci. Plus encore, la prise en charge de l'égalité des droits entre les personnes exprime une volonté politique qui est distincte de la prévention d'une catastrophe.

La dimension politique du droit de la compliance explique l'intérêt que la science politique lui porte. Elle justifie aussi fortement que les autorités politiques, que sont les parlements et les gouvernements, demeurent celles qui fixent les contours de ces buts monumentaux, puisque ces autorités politiques, en ce qu'elles tiennent leurs pouvoirs de faire des choix pour le futur

du groupe social, de l'élection par le Peuple qu'elles représentent. Cela justifie que ces autorités politiques et publiques soient très présentes dans le droit de la compliance.

C'est l'une des conséquences pratiques majeures de cette définition du droit de la compliance par ses buts monumentaux.

III. CONSÉQUENCES PRATIQUES DU DROIT DE LA COMPLIANCE AYANT POUR CŒUR SES BUTS MONUMENTAUX

Les premières conséquences pratiques du droit de la compliance mettant en son cœur ses buts monumentaux sont d'exclure les excès d'une conception, souvent appelée « droit de la conformité » visant à l'effectivité totale de toute la réglementation applicable (A). Ainsi conçu par les buts monumentaux, conception si ambitieuse, l'avantage pratique d'une telle définition du droit de la compliance est au contraire sa limitation, ce qui le rend supportable. En effet, le droit de la compliance, en ce qu'il tient sa normativité juridique des buts monumentaux, qu'il doit concrétiser grâce à la puissance de ses dispositifs, est *ipso facto* limité aux seuls domaines impliqués par de tes buts monumentaux, ceux-là et pas d'autres. En outre, les sujets de droit doivent alors respecter l'esprit que de tels buts donnent à l'ensemble des textes, et non pas la masse réglementaire dont le poids ne cesse de s'accroitre puisqu'elle n'est qu'un moyen pour atteindre ces buts (B). Cela permet en pratique de sélectionner les outils de la compliance et de les superviser avec pertinence et sagesse afin que leur maniement permette d'atteindre les buts monumentaux, avec effectivité, efficacité et efficience (C).

A. ÉVITER LES EXCÈS D'UN DROIT DE LA CONFORMITÉ VISANT À L'EFFECTIVITÉ DE TOUTE LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE

Est excessif par nature un droit de la compliance qui se définirait par l'obligation faite aux entreprises de montrer qu'elles se « conforment » à toutes les réglementations qui leur sont applicables (1), définition sans substance à laquelle les buts monumentaux suppléent (2).

1. La conception procédurale de la compliance, comme contrainte des entreprises de donner à voir qu'elles se « conforment » à toutes les réglementations qui leur sont applicables

L'on peut concevoir le droit de la compliance comme l'ensemble des dispositifs juridiques qui obtient qu'un agent, plus spécifiquement une entreprise, « se conforme » à l'ensemble de toutes les réglementations qui le gouvernent,

c'est-à-dire obéisse et montre qu'il obéit. L'on aurait alors tendance à appeler la branche du Droit le « droit de la conformité », puisqu'il s'agit d'être conforme aux règles, à toutes les règles applicables.

Cette obéissance est principalement obtenue par l'efficacité des sanctions encourues en cas de désobéissance et/ou par l'intérêt que l'agent a de suivre toute la réglementation qui le vise. Cette définition procédurale dessine le droit de la compliance comme une sorte de voie d'exécution des règles, exécution qui est déplacée de l'*ex post* à l'*ex ante*, l'agent donnant à voir de gré ou de force qu'il se conforme à la réglementation qui le soumet. La teneur de la règle à laquelle le sujet de droit « se conforme » n'appartient pas au droit de la compliance, le but pour lequel elle a été prise encore moins : la branche du droit serait centrée sur l'efficacité de cette « conformité ».

En pratique, sanctions, procédure et preuves sont au cœur de cette définition qui appelle à la fois des règles universelles (obtention efficace de l'obéissance) et des solutions technologiques (dans le maniement de la masse réglementaire et l'information). Les algorithmes sont la solution pour gérer ce qui est souvent désigné comme de la « complexité réglementaire ». Certes, les algorithmes ne peuvent pas « comprendre » les règles, mais cela n'est pas un obstacle, puisque le droit de la conformité ne serait qu'une sorte de méthode d'efficacité qui s'applique à des règles, et non les règles elles-mêmes.

2. Échapper aux conséquences d'une définition neutre et mécanique d'une « conformité », par une définition substantielle du droit de la compliance par les buts monumentaux

Ne disposer que de cette définition, comme internalisation dans les entreprises de leur soumission démontrée à la réglementation qui leur est applicable, gage de l'efficacité de celle-ci, aurait pour inconvénient, paradoxal dans cet environnement « réglementaire » dans lequel les décisions et textes en tous genres abondent, de sortir la compliance du Droit.

En effet, le premier inconvénient est le caractère étrangement non juridique de l'ensemble du dispositif. Toutes les sortes de normes, de la Constitution jusqu'à la circulaire en passant par les contrats ou les chartes sont englouties dans la qualification de « réglementation », laquelle est par ailleurs mécaniquement traitée comme « data », masse d'informations traitées. Ce pour quoi sont faits ces textes et décisions reste extérieur à la conformité : les normes constitutionnelles ou les contrats sont considérés comme ayant de fait la même valeur, la perspective étant non pas verticale mais « horizontale », le droit souple étant d'ailleurs plus important que les Constitutions, puisque plus rapide, plus adapté et plus efficace. Plus l'efficacité serait le seul critère, l'algorithme peut en être le maître. Beaucoup présentent d'ailleurs la compliance comme n'étant pas du droit, mais plutôt de la seule gestion des risques, par la gestion de l'information, ou de la politique internationale, par

l'art du compromis entre pouvoirs, pour s'en féliciter ou pour s'en plaindre. Dans la mesure où la compliance développe des instruments d'une grande puissance, il est au contraire important que cela reste du droit, si l'on veut que les systèmes sociaux demeurent ancrés dans l'État de droit.

Centrer la conformité comme le respect anticipé et actif de la règle sans regard pour le contenu de celle-ci présente un danger souvent mis en avant pour justifier une sorte de « résistance » ou à tout le moins de réaction : celui à oppose au totalitarisme. En effet, si le principe n'est plus celui de la liberté d'action puis la responsabilité *ex post* en cas de violation avérée de la règle, mais celui de l'obligation de donner à voir que l'agent se conforme à toute la réglementation qui lui est applicable, il faudrait et il suffirait de mettre dans ladite réglementation une volonté de puissance pour obtenir le bénéfice de la puissance des entreprises qui en quelque sorte marchent mécaniquement avec les auteurs de la réglementation. C'est pourquoi, de la même façon que le droit américain de la compliance est souvent dénoncé comme constituant un nouveau mode d'expansionnisme, voire de colonialisme, le droit de la conformité est de la même façon associé à une soumission des agents et à la captation de leur puissance d'action pour un dessein où la liberté n'a pas la place première.

Se dégage ainsi l'inconvénient majeur d'un droit de la compliance défini par une seule exigence de conformité mais une exigence totale de conformité : sa toute-puissance. Parce qu'il faudrait que l'entreprise soit elle-même l'entité qui assure la pleine effectivité de la moindre règle, le droit de la compliance ainsi défini, où tout serait « obligation de résultat », serait une sorte de « droit implacable ». C'est d'ailleurs pourquoi, dans l'idéal, un système de conformité réussi, où l'entreprise se conforme totalement, le juge n'a pas sa place, il est devenu inutile. Or, dans un État de droit, c'est le juge qui est le signe et le garant des libertés des êtres humains, limitant tout mécanisme de toute-puissance.

Centrer normativement le droit de la compliance sur des buts monumentaux limite cette exigence d'obéissance dans un lien avec des perspectives de toute-puissance ; ils portent au contraire et en eux-mêmes des limites juridiquement portées à la puissance des outils de compliance. Ils mettent au contraire le juge au centre.

B. LIMITATION DU DROIT DE LA COMPLIANCE AUX SEULS DOMAINES IMPLIQUANT DES BUTS MONUMENTAUX

En pratique, les buts monumentaux produisent une limitation heureuse de l'emprise du droit de la compliance, puisque la puissance de celui-ci ne se déploie que lorsque ces buts monumentaux sont concernés (1). Un même effet heureux de limitation provient du fait que, dans l'application qu'il faut

alors faire, l'esprit – donné par les buts monumentaux – doit prévaloir sur la lettre, si abondante et si difficile. Celle-ci, si abondante, précise et compliquée soit-elle, devient alors, si ce n'est secondaire, à tout le moins seconde (2).

1. L'effet de limitation par le contour du but monumental considéré

Le droit de la compliance étant donc défini comme la détection des risques de système et la prévention de catastrophes futures (« buts monumentaux négatifs ») et l'ensemble des instruments qui permet d'obtenir à l'avenir des équilibres plus favorables aux êtres humains (« buts monumentaux positifs »), il convient d'éliminer, dans toute la multitude des règles qu'une entreprise doit suivre, celles qui ne sont pertinentes pour cela.

Pour celle-là, l'on doit en revenir au principe classique d'un système juridique et économique libéral, qui ne demande en rien à une entreprise qu'elle concrétise elle-même les règles. Une entreprise agit comme elle le veut. Le respect qu'elle doit avoir du Droit, contrainte qui pèse sur elle comme sur tout sujet de droit, implique simplement que si, dans l'exercice qu'elle fait de sa liberté d'action, son comportement s'avère contraire à une règle de droit, alors une personne peut s'en prévaloir contre elle : l'autorité publique, ou une victime, peut lui en demander des comptes et le juge l'en tiendra responsable.

L'effet extraordinaire produit par le droit de la compliance, impliquant pour l'entreprise qu'elle concrétise elle-même des règlementations ne peut se justifiant que parce qu'elle est en position de concrétiser des buts monumentaux systématique : hors de ceux-ci, parce que nous ne sommes pas dans une économie administrée, ce n'est pas aux entreprises, ni aux sujets de droit eux-mêmes, de rendre effectives, efficaces et efficientes les règles de droit.

Mais de la même façon que les personnes peuvent décider de le faire, d'entreprendre une « lutte pour le droit », qu'il peut être pertinent pour l'État ou les juridictions de les y inciter, de la même façon les entreprises peuvent décider, par « esprit de responsabilité », de concrétiser des règles de droit, voire d'en accroître la contrainte, parce qu'elles y adhèrent : c'est alors la rencontre entre la responsabilité sociétale des entreprises et le droit de la compliance. L'importance grandissante des engagements, notamment de la portée donnée par le droit de la compliance aux engagements volontairement pris par les entreprises, en atteste.

2. L'effet de limitation par la prévalence de l'esprit sur la lettre

Puisque toute branche du droit téléologique prend comme objet normatif son but, le droit de la compliance n'a pas pour objet la maîtrise toutes les réglementations qui s'appliquent aux entreprises, ni même les réglementations qui s'attachent à la prévention des catastrophes (buts négatifs) ou à la construction de nouveaux équilibres futurs (buts positifs), ce qui serait déjà bien difficile. Cela implique en effet la connaissance technique des abus de marché,

impliquant la maîtrise technique du droit de la concurrence, des droits des différents secteurs régulés (bancaire, financier, énergétique, télécommunication, transport, poste, aérien, spatial, etc.).

Il faut plutôt ne considérer la lettre de ces multiples réglementations que pour en comprendre et maîtriser l'esprit. Cela peut paraître plus limité, mais c'est aussi une conception plus classique du droit, dans lequel l'on affirme que l'esprit est plus important que la lettre, que celle-ci n'a d'intérêt que pour mener à l'esprit et que, dans l'hésitation, l'esprit doit prévaloir sur la lettre. C'est donc l'esprit qu'il faut comprendre. Il est douteux qu'un algorithme puisse le faire.

C. SÉLECTIONNER LES OUTILS DE COMPLIANCE ET LES SUPERVISER POUR ATTEINDRE EFFECTIVEMENT LES BUTS MONUMENTAUX

Puisque la normativité du droit de la compliance est dans ses buts monumentaux, les différents dispositifs juridiques sont des instruments qui prennent leur sens au regard de ces buts. Cela suppose que les différents mécanismes maniés par les entreprises sont sélectionnés dans cette perspective-là (1) et que ce maniement, voire cette création, ne peut s'opérer sans la supervision d'autorités publiques, en raison de la nature politique des buts monumentaux dont il s'agit (2).

1. Sélection des instruments de compliance requis pour atteindre les buts monumentaux

Parce que l'on demande aux entreprises non pas d'être passivement en conformité de la réglementation mais d'être activement en mesure d'améliorer le futur, par exemple prévenir la corruption et le blanchiment ou établir effectivement l'égalité entre les êtres humains, il faut que celles-ci puissent utiliser leur puissance à cette fin. C'est même pour cela que les autorités publiques, par diverses lois, ont contraint les entreprises. Il faut donc que celles-ci puissent utiliser leur capacité technique d'innovation et leur position, par exemple le fait de pouvoir avoir des informations et les centraliser. Ainsi les systèmes de compliance, qui sont aussi des systèmes de pouvoir, *via* par exemple la *compliance by design* ou *via* le devoir de vigilance ou *via* les codes de bonne conduite, légitiment les différentes créations normatives ou les fonctions quasi juridictionnelles qu'exercent les entreprises.

La Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA) a ainsi rappelé dans une décision de 2019 que les entreprises sont libres de choisir la façon dont elles détectent et préviennent la corruption, en dehors des façons de faire recommandées par l'AFA.

Dans cette conception qui s'appuie sur la puissance des entreprises, les autorités publiques en *ex ante* ont, le plus souvent, un rôle incitatif plus qu'un

rôle de contrainte. En cela proche du droit de la régulation, le droit de la compliance jouxte ainsi les politiques publiques. Les entreprises peuvent ainsi développer des normes techniques et des standards de comportements qui leur sont communs, pour créer des écosystèmes, comme l'est Gaia-X. Tout cela n'est admissible qu'à condition d'y associer la supervision par des autorités publiques d'une part et la possibilité toujours ouverte d'un contrôle *ex post* par un juge d'autre part.

Parce que les buts monumentaux concernent le futur de l'humanité (éviter la guerre, restaurer l'équilibre climatique, protéger contre la haine, etc.), c'est avant tout les êtres humains eux-mêmes qui doivent en être les acteurs. Cette définition du droit de la compliance jouxte plus fortement l'éthique et la responsabilité sociétale. Elle explique notamment l'insistance avec laquelle les autorités publiques demandent aux dirigeants des entreprises d'être publiquement « exemplaires ». Dans cette conception, la formation à l'intérieur des entreprises, notamment *via* des programmes de compliance, que ceux-ci soient contraints ou volontaires, est essentielle.

Parce que la formulation des buts monumentaux, auxquels peuvent éventuellement adhérer les entreprises, revient aux autorités publiques, tandis que le fait de pouvoir les atteindre repose avant tout sur la puissance des entreprises parce qu'elles sont en position de le faire, l'essentiel est non seulement l'établissement de dispositifs structurels (ce qui relève généralement d'obligations de résultat) mais encore de comportements (ce qui relève généralement d'obligations de moyens). Ce besoin impératif de « culture de compliance » est souligné de toutes parts, que ce soit par les autorités publiques, les entreprises, les praticiens ou la doctrine.

Cette « culture de compliance » est difficile à détacher de la « culture de l'entreprise » elle-même. C'est même un moyen de son bon développement, si l'entreprise parvient à l'articuler avec sa culture propre : par exemple, le soin accordé à la nature, si cette entreprise-ci est très ancrée dans un territoire, ou le soin accordé à chacun des clients dont la vie privée est préservée, si c'est la valeur première de cette entreprise-là. Cela permet d'ailleurs de bien internaliser la compliance au-delà des distinctions des systèmes juridiques si l'entreprise est internationale et adopte des normes communes à l'ensemble du groupe, à travers une charte ou un code, par exemple à l'égard des fournisseurs, ce qui facilitera l'effectivité de son devoir de vigilance et la contractualisation de celui-ci.

La dimension systémique des buts monumentaux les contient très rarement dans un territoire. La volonté d'atteindre ces buts systémiques (obtenir qu'un événement n'advienne pas dans le futur ; obtenir qu'un événement advienne dans le futur) légitime que les instruments du droit de la compliance, qui ne visent heureusement pas toute la réglementation applicable à l'entreprise, soient dotés d'un effet extraterritorial ou aient une puissance indifférente à

la notion de territoire, correspond à la propagation négative de l'événement dont on exclut la survenance ou à l'ampleur positive de l'événement dont on veut l'arrivée. Cela rend le droit de la compliance particulièrement adéquat à l'espace numérique.

C'est bien parce que la question des embargos ne correspond pas à cette définition que ces sanctions économiques, définies par un pouvoir particulier pour servir son intérêt propre en contraignant des tiers, sont un contournement du droit de la compliance, reposant en grande partie sur une confusion entre le droit de la compliance et le droit des sanctions internationales. En revanche, la détection et la prévention des atteintes à la probité, la lutte contre le blanchiment d'argent, la lutte contre le changement climatique, contre le trafic des êtres humains, etc., n'ont que peu d'effectivité si elles demeurent enfermées dans les frontières. C'est donc d'une façon consubstantielle que le droit de la compliance est extraterritorial. Les entreprises s'en sont souvent plaintes, notamment les entreprises européennes se présentant comme punies par des autorités américaines alors qu'elles ne sont pas sujets de droit américains, le législateur les ayant entendu par la modernisation des lois de « blocage », mais le devoir de vigilance leur confère des pouvoirs qui vont au-delà des frontières sur d'autres opérateurs tandis que le prochain possible drame climatique ne trouve de solutions pratiques que si le droit rompt avec ce qui est encore posé comme un préalable en droit classique : la frontière. Ce que le droit de la compliance, pas plus qu'il ne connait plus guère le « secteur », ne considère plus d'une façon rédhibitoire.

2. La supervision publique requise

En contrepartie de cette liberté nécessaire laissée aux entreprises, dont la puissance est recherchée et non pas contrée, les autorités publiques ne sont pas seulement en *ex post*, grâce aux juridictions qui sanctionnent les manquements ou infractions de leur part. Les entreprises sont supervisées par des autorités publiques qui, en dehors de tout indice de manquement, peuvent contrôler la bonne exécution de leurs obligations de compliance.

En cela, le droit de la compliance a opéré un saut qualitatif extraordinaire. En effet, heureusement, le droit de la compliance n'impose pas à toutes les entreprises de donner à voir qu'elles respectent toutes les réglementations qui leur sont applicables. Mais dès que l'avenir est en jeu et qu'une ambition est portée par cette nouvelle branche du droit pour que le futur ne se déroule pas comme le dessinerait le cours mécanique des choses, les entreprises – qu'elles soient régulées ou non – vont devenir transparentes, les autorités publiques contrôlant la façon dont elles mettent en œuvre leurs obligations et pouvoirs de compliance, en l'absence de tout litige. Seules les entreprises en charge d'un service public, ou pour parler d'une façon plus moderne, d'une infrastructure essentielle, ou pour reprendre une qualification plus nouvelle encore, les « entreprises cruciales », étaient jusqu'ici ainsi supervisées. Le secteur bancaire

en était le parangon, puisque secteur à la fois régulé dans ses structures et supervisé dans ses acteurs. Le droit de la compliance lui emprunte ses principes et ses techniques. Par exemple, l'obligation de vigilance qui pèse sur les banques s'est transformée en devoir de vigilance qui pèse désormais sur l'ensemble des entreprises.

IV. DEMAIN : L'ATTENTE FACE AU DROIT DE LA COMPLIANCE CONSTRUIT SUR LES BUTS MONUMENTAUX

L'on peut attendre beaucoup d'une telle définition du droit de la compliance par ses buts monumentaux (A). Notamment qu'elle fonde une alliance entre les autorités politiques et les opérateurs économiques cruciaux. Mais il faut sans doute avant tout faire une sorte de pari pour demain, en croyant encore que le souci d'autrui puisse guider l'action humaine (B).

A. CE QUE L'ON ATTEND DU DROIT DE LA COMPLIANCE CONSTRUIT SUR LES BUTS MONUMENTAUX

L'on peut attendre de cette définition du droit de la compliance par ses buts monumentaux un renforcement de l'alliance entre le Politique et les opérateurs cruciaux (1). Cette définition peut produire des solutions globales pour des difficultés pour l'instant difficilement solubles, notamment en droit climatique (2). Cette définition contenant en son cœur les buts monumentaux met en premier des valeurs pouvant être communes aux êtres humains (3).

1. Une alliance entre le Politique et les opérateurs cruciaux

Par l'usage des incitations et en raison du développement d'une culture de compliance partagée entre les êtres humains qui composent les entreprises, la compliance – progressant en même temps que la *raison d'être* – repose sur une définition de l'entreprise conçue davantage comme un groupe de personnes que comme un groupe d'actifs financiers : d'ailleurs les entreprises ont tendance à appliquer davantage les règles lorsque les personnes dont elles répondent savent à quoi celles-ci servent.

Cette règle, si triviale mais soulignée en sciences économique et managériale, conduit l'entreprise à ne plus « subir » le droit de la compliance, à ne plus même l'endosser par meilleur calcul du « risque de réputation », mais simplement parce que les personnes en cause adhèrent elles-mêmes aux buts normatifs en question : c'est la « compliance consentie ». Comme ces buts sont conçus par les autorités politiques et publiques, les entreprises répondant de personnes qui ont spontanément ou par l'effet des programmes d'éducation de compliance les mêmes buts, les conditions sont alors réunies pour une alliance entre les entreprises et les autorités.

L'on peut même alors concevoir le droit de la compliance comme cette alliance entre les autorités politiques, légitimes à formuler juridiquement ces buts, et les entreprises, en position de les atteindre et libres d'adhérer à ces buts, notamment parce que les personnes dont elles répondent les privilégient. Le mouvement législatif sur la *raison d'être* va dans ce sens.

2. Dégager quelques solutions de droit global pour des difficultés *a priori* insurmontables

Le deuxième avantage pratique de penser normativement la compliance à travers ses buts monumentaux est de situer le corpus véritablement en *ex ante*, les contraintes n'étant pas au centre du dispositif, le droit pénal redevenant ce qu'il devrait être en droit classique : une exception au principe de liberté. En effet, la conception procédurale précitée de la « conformité » à la réglementation applicable vise à rendre les entreprises, c'est-à-dire les êtres humains, agents d'effectivité des règles applicables ; elle s'oppose en cela à leur liberté. C'est aussi pour cela que le droit de la compliance a été si critiqué.

Au contraire, si l'on conçoit le droit de la compliance normativement à travers ses buts monumentaux, non seulement la liberté des êtres humains qui forment l'entreprise est possible mais elle est même requise. En effet, les entreprises développent des mécanismes dont elles conçoivent librement la forme, rendant des comptes sur les effets produits au regard des buts, selon le principe devenant à la fois central et positif : la proportionnalité.

Comme ces normes et mécanismes sont, d'une part, davantage intériorisés par la formation des êtres humains qui sont dans l'entreprise ou collaborent d'une façon ou d'une autre avec elle ou sont concernés par son action, et sont, d'autre part, déployés par les entreprises qui dépendent moins des frontières que ne le sont les États, notamment grâce au droit souple qu'elles produisent, par exemple par les codes de conduite, la portée mondiale est atteinte, non pas par la neutralité des normes produites mais par la globalité de son émetteur : l'entreprise. Lorsque le but monumental est mondial parce que le sujet est lui-même mondial, il peut arriver que des institutions internationales soient déjà présentes (comme en matière bancaire ou en matière financière), mais cela n'est le cas ni en matière de corruption, ni en matière climatique, ni en matière d'égalité entre les êtres humains. Les entreprises peuvent pallier l'absence de droit global, notamment à propos du climat.

3. Autour d'une définition du droit de la compliance fondée sur des valeurs pouvant réunir les êtres humains

Les buts monumentaux présentent une dimension technique, surtout lorsqu'ils sont négatifs et veillent par exemple aux normes prudentielles, mais expriment aussi des valeurs. Les valeurs y sont toujours présentes, même s'il ne s'agit pas de servir directement les êtres humains, comme le fait le droit

contre les discours de haine, mais qu'il s'agit de préserver un système économique et financier. En effet, même dans ce dernier cas, si la faillite de système est exclue, c'est par refus de sacrifier les êtres humains qui devraient payer le coût de la crise qui ferait passer du système effondré à un système nouveau, perspective à laquelle l'on pourrait être favorable.

Il demeure que les valeurs sont plus présentes lorsque les buts monumentaux positifs sont concernés plutôt que les buts monumentaux négatifs, comme elles le sont lorsque c'est le futur lointain qui est en cause plus que le futur immédiat.

Indépendamment du choix de chacun pour ce à quoi doit servir le Droit au regard des êtres humains, il est plus efficient de faire comprendre et de réunir des êtres humains très divers autour de valeurs qui les concernent directement qu'autour d'une masse réglementaire difficile à comprendre. L'efficacité est du côté des valeurs lorsque les règles doivent être concrétisées par les personnes elles-mêmes.

B. LE PARI DU DROIT DE LA COMPLIANCE CONSTRUIT SUR LES BUTS MONUMENTAUX

Cette définition permet de mieux comprendre le droit positif, de mieux l'apprendre aussi. Elle s'articule avec l'exigence générale que nous avons de nous « conformer » au Droit (1). Mais, parce que le droit de la compliance porte sur l'avenir, ses buts monumentaux représentent en son cœur battant le pari dont l'être humain peut faire prévaloir en Droit le souci d'autrui (2).

1. L'articulation de la conformité et de la compliance

Il ne s'agit pas de dire que l'une des définitions est exacte et l'autre fausse. Le droit positif, que l'ouvrage *Les buts monumentaux de la compliance* restitue en l'ordonnant, porte d'ailleurs des traces de l'une et de l'autre. Elles se superposent. Par exemple, les algorithmes ont leur place, mais ils ne peuvent suffire à exclure la place, sans doute centrale et décisive, des humains. La part politique du droit de la compliance doit être admise mais il ne faut pas que cette branche soit une voie d'accès à des totalitarismes technologiques. La première définition est sans doute plus universalisable que la seconde, puisque plus technologique et mécanique ; la seconde est plus humaniste, plus ancrée dans l'Histoire européenne, renvoyant à ce pour quoi sont faites les règles : « Les lois sont faites pour les hommes et non pas les hommes pour les lois », cette phrase de Portalis, il convient de l'avoir à l'esprit.

C'est sans doute plutôt davantage une inclinaison. Soit l'on fait encore confiance aux êtres humains, à la part d'éthique que l'on croit exister en eux, au souci d'autrui qui peut les animer, et l'on inclinera vers non seulement la première définition mais on y superposera la seconde et lorsqu'il y

a interprétation à opérer ou contradiction, l'on préférera la seconde. Si l'on a désespéré de l'être humain, qui ne serait mû que par le calcul, devenu en cela une sorte de machine, dans une perspective d'« obsolescence de l'Homme », alors il convient d'en rester à la première définition et de considérer que la seconde définition n'est que du vent, du « méta-droit » et n'a pas à être considérée lorsque des solutions pratiques doivent être choisies ou imposées.

2. Le droit de la compliance, un pari sur l'aptitude humaine à être libre

Si l'on a cette conception-là des êtres humains, alors il faut recruter des ingénieurs et leur demander d'élaborer des algorithmes qui effectueront leur travail dans des banques de données, qui traiteront toutes les réglementations qui nous gouvernent, et les êtres humains s'y conformeront à la lettre. Si l'on a une conception des êtres humains comme des êtres libres, alors le droit de la compliance est ce qui permet la protection de cette liberté d'une façon systémique pour qu'elle demeure à l'avenir. C'est pourquoi le droit de la compliance a un rapport si profond avec la démocratie, laquelle s'exprime dans la durée. Il est vrai que cela constitue un pari, un pari dans les gouvernements, dans les entreprises, dans les régulateurs, dans les juridictions et dans les êtres humains.

Ce pari est transparent dans la conception d'une normativité juridique placée dans les buts monumentaux du droit de la compliance. Cela tient au fait que je fais le pari que l'être humain est apte à être libre et que le Droit est ce qui peut le lui permettre maintenant et dans le futur.

C'est pour cela que le droit de la compliance est essentiel, alors que le droit de la conformité ne l'est pas.