

Compliance et conformité : les distinguer pour les articuler ¹

par Marie-Anne Frison-Roche, Professeure de Droit de la Régulation et de la Compliance, Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

L'essentiel > « Compliance » et « conformité » sont parfois présentées comme synonymes, « conformité » n'étant que la traduction de « compliance ». Ce sont au contraire deux conceptions opposées. La « conformité » renvoie à ce qui serait l'obligation de montrer son obéissance à toute la réglementation applicable, dans l'indifférence de la teneur de celle-ci. Aubaine pour le pouvoir réglementaire... Le Droit de la Compliance est tout autre chose ! Les autorités politiques et publiques fixent des « Buts Monumentaux » systémiques pour que les systèmes ne s'effondrent pas demain, voire s'améliorent, puis confient aux grandes entreprises la mission d'activer des moyens pour atteindre ces buts. La conformité reprend alors sa place dans le Droit de la Compliance : être l'un de ses outils.

1. Un mot pour un autre ? Non. L'on ne compte pas les écrits ou les propos dans lesquels le mot « compliance » et celui de « conformité » sont employés l'un pour l'autre. L'auteur soupçonne parfois chez celui qui utilise le terme de « compliance » un attrait mal placé pour les États-Unis, voire une soumission à ceux-ci, tandis que l'on loue dans l'usage du terme « conformité » le respect que l'on doit à la langue française.

Nul ne conteste que le Droit fonctionne par l'usage des mots, que l'emploi de la langue française y est obligatoire. Cornu fut à la fois celui qui fonda le *Vocabulaire juridique* et écrivit un ouvrage de *Linguistique juridique*, démontrant mieux que quiconque l'exigence en Droit d'utiliser le mot adéquat. Mais précisément la « conformité » et le Droit de la « Compliance » ne renvoient pas à la même chose et c'est méconnaître la substance de ce Droit que de les utiliser l'un pour l'autre.

2. Compliance et conformité : deux conceptions. En effet, deux conceptions s'opposent. Comme le soutiennent de nombreux auteurs, la *compliance* serait l'exigence de « conformité » : elle consisterait pour un sujet de droit, plus particulièrement une entreprise, mais aussi par exemple une personne publique, à respecter activement toute la réglementation qui lui est applicable, la « compliance » n'étant que le terme anglais qui fut précédemment élaboré pour désigner cela. D'autres auteurs affirment que le Droit de la Compliance n'est pas cette logique d'effectivité de toute la réglementation applicable, mais une branche du Droit qui vise des « Buts Monumentaux », propres à des enjeux systémiques précis dans lesquels s'ancrent téléologiquement tous les outils spécifiques et mobilisant des entités systémiques en position de les porter activement que sont les

grandes entreprises. Ce fut le sujet de mon article de 2016 : « Le droit de la compliance ». Huit ans déjà.

Des discussions sémantiques se déroulent entre les auteurs. Elles viennent comme en écho de celles qui, il y a vingt ans, avaient lieu entre ceux qui pensaient que la « régulation » n'était que la traduction en français du terme anglais *regulation* et qu'il s'agissait du « droit de la réglementation », outil d'un Droit public plus moderne, tandis que d'autres affirmaient que naissait une branche du Droit : le « Droit de la Régulation », conception que j'avais développée dans un article de 2001. Plus de vingt ans déjà. Nous avons vu ce qui est arrivé à ce propos.

3. Utilité pratique de distinguer et de réagencer les deux conceptions de la conformité et du Droit de la Compliance.

Comme pour la régulation, il y a urgence pratique à ne pas confondre « conformité » et Droit de la Compliance. En effet, la conformité implique l'obéissance active du sujet de droit à toute réglementation, indépendamment du contenu de celle-ci, ce qui est le creuset de tous les dangers pour la personne ; tandis que le Droit de la Compliance, construit dans les « Buts Monumentaux », développe des principes qui lui sont propres et peut se déployer d'une façon inverse, car son but premier est la protection de la personne. Par exemple, la conformité écarte les secrets tandis que le Droit de la Compliance, en fonction des buts, peut avoir pour objet de les protéger, notamment les secrets de la vie privée ou les secrets professionnels, ou la confidentialité des avis juridiques. La confusion est donc très dommageable en pratique et il faut distinguer « conformité » et Droit de la Compliance (I). Cette distinction est d'autant

(1) Cet article est fondé sur un document de travail bilingue, doté de références techniques, de développements supplémentaires et de liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <https://www.mafr.fr/fr/article/compliance-et-conformite-les-distinguer-et-les-art/>.

plus fructueuse que cela n'implique en rien de faire disparaître la conformité : cela permet de la réarticuler au Droit de la Compliance, dont elle est un outil essentiel (II).

I – Distinguer l'obéissance impliquée par la conformité et l'action impliquée par le Droit de la Compliance

4. « Se conformer à toute la réglementation applicable ». Si l'on affirme que des entreprises doivent justifier qu'elles appliquent et font respecter toutes les réglementations qui leur sont applicables, elles devraient alors prendre la place de l'administration, l'exécutif ayant dans notre système politique la fonction d'appliquer et faire appliquer les textes. Elles devraient aussi prendre la place du juge, en ce que celui-ci restaure l'effectivité de la légalité. Cela provoque à juste titre de nombreuses protestations, émises par les entreprises elles-mêmes, qui ne veulent pas être « agents du FBI » et supporter le coût d'un tel transfert. La fonction doit demeurer celle de l'État. Les critiques viennent aussi des personnes qui voient dans la « compliance » une « privatisation de la régulation », ce qui donnerait aux entreprises la puissance de « régenter » le monde entier en nous obligeant tous.

5. Les conséquences pratiques effrayantes de la définition mécanique et gigantesque de la compliance par la « conformité ». Plus pragmatiquement, chacun mesure qu'il est impossible de respecter, à chaque instant, en tous lieux et à travers toutes les personnes dont on doit répondre, l'ensemble des réglementations qui nous sont applicables. Cette définition littéralement insupportable ne peut pas être pertinente. Si on l'adoptait, alors le régulateur, le juge, toute partie prenante ou toute personne qui obtiendra la reconnaissance d'une qualité ou d'un intérêt à agir, pourra obtenir à sa guise la condamnation de l'entreprise. Cette « passion réglementaire » est totalement déraisonnable et renvoie à une conception de la légalité que des systèmes totalitaires conçoivent et appliquent, pas des États de Droit.

6. « Participer à la réalisation des Buts Monumentaux de la Compliance ». Le Droit de la Compliance est, quant à lui, défini comme la fixation par les autorités politiques et publiques de « Buts Monumentaux » de nature systémique. Portant sur l'avenir, ces ambitions visent à protéger les systèmes de l'effondrement (Buts Monumentaux négatifs), notamment les systèmes bancaires, financiers, numériques, climatiques, etc. La durabilité et la proportionnalité en sont des principes majeurs. Plus ambitieux encore, il peut s'agir d'améliorer les systèmes (Buts Monumentaux positifs), par exemple de promouvoir le respect de l'être humain par le souci actif qu'en aura l'autre. Cette définition globale fut proposée en 2016 par notre article précité.

7. Les conséquences pratiques de la définition normative du Droit de la Compliance par ses Buts Monumentaux, au champ plus limité et aux ambitions plus vastes. Le sujet de droit soumis à cette branche du Droit est désigné parce

qu'il est « en position » d'agir effectivement pour que ces buts soient atteints. Sa puissance est alors un atout, notamment parce que l'entreprise se développe au-delà des territoires, dans des espaces souvent structurés par elle, passant de territoire en territoire (chaîne de valeur), voire sans territoire et sans temps (espace numérique). Les entreprises doivent ainsi déployer leur pouvoir pour que celui-ci serve ces buts fixés par les États, soit de force (réglementation), la Compliance étant le prolongement de la Régulation, soit de gré, la Compliance ayant de nombreux points de contact avec la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).

Mais le Droit de la Compliance, par nature, ne concerne en rien toutes les réglementations applicables ! Il ne s'agit que des « réglementations » adoptées pour atteindre ces Buts Monumentaux systémiques là, et pas les autres. Cette branche du Droit ne peut pas avoir de prise au-delà de cela, bornes qui, au regard de sa puissance, doivent être gardées. En outre, ces réglementations doivent être appliquées par les entreprises, les régulateurs et les juges d'une façon téléologique, c'est-à-dire à partir des buts. Il est requis des entreprises non pas d'atteindre immédiatement ces Buts Monumentaux, mais de faire leurs meilleurs efforts, selon une trajectoire crédible, pour participer effectivement, efficacement et avec efficience à leur réalisation. Le système probatoire de la Compliance en découle.

II – Remettre la conformité à sa place, comme outil du Droit de la Compliance

8. Identifier une réglementation spécifique, outil parmi d'autres du Droit de la Compliance, pour détecter les comportements non conformes et agir. Il ne faut pourtant pas éliminer du Droit de la Compliance l'importance de la connaissance par l'entreprise des réglementations spécifiques et des manquements, quelle que soit la portée contraignante de la norme. Par exemple, pour atteindre ce But Monumental d'extirpation de la corruption des systèmes économiques et sociaux, visé par la célèbre loi dite Sapin 2, l'entreprise en charge de « détecter et prévenir » ce mal, en tant qu'il est systémique, pour qu'à l'avenir y soit concrètement substitué le principe de probité, doit connaître l'état de corruption en son sein, ce qui implique de connaître ses « non-conformités ». Cette détection permettra de prévenir le fléau. L'enquête interne est ainsi un outil essentiel.

9. La conformité, alimentée par l'information. L'entreprise a donc comme outil une « mise en conformité », qu'elle soit imposée par des « peines de conformité », des « programmes de conformité », des conventions judiciaires d'intérêt public ou de nouvelles méthodes de gestion. Enquête interne et technique d'audit se rejoignent. L'entreprise rassemble l'information sur ses « non-conformités ». C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence présente désormais ses sanctions, qui informent l'entreprise sanctionnée, et, au titre de la « conformité », lui rappellent ses obligations légales. Il s'agit donc de rassembler de l'information, outil essentiel pour atteindre les Buts Monumentaux précités.

10. L'avenir prometteur de la conformité par la technologie algorithmique dite « intelligente ». Dans l'usage de la conformité, comme rassemblement d'informations au regard des réglementations pertinentes, mises en perspectives de toutes les situations passées, présentes, voire futures, que l'entreprise doit connaître, à l'intérieur et à l'extérieur, la puissance des outils algorithmiques permet l'obtention de l'information des non-conformités, puis, par le procédé logique de la « coïncidence », des conformités. Les banques de données sont alors des outils précieux, voire indispensables. La difficulté n'est plus tant dans cette obtention, mais dans les droits fondamentaux qui s'y opposent parfois et que les juges défendent (vie privée, droits de la défense, secret des affaires, secret-défense, etc.).

11. Au-delà de l'outil informationnel de la conformité, le souci humain de la Compliance, implique le recours juridique au dialogue et la construction d'une culture. L'entreprise peut ainsi disposer d'informations, dans une masse adéquate qui correspond à la « masse réglementaire » à laquelle on réduit parfois le Droit de la Compliance, et par une mise automatique en corrélation grâce aux algorithmes. Le Droit de la Compliance se définissant normativement par le souci de l'être humain, y compris de l'être humain futur, ces informations n'étant qu'un outil, les mécanismes juridiques de dialogue entre humains apparaissent. C'est ainsi que le principe du contradictoire est un principe de la Compliance, la médiation également. La prise en considération des parties prenantes par l'entreprise également lorsqu'elle élabore ses outils.

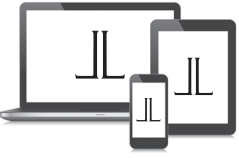
12. Au-delà de l'outil informationnel de la conformité, le souci humain de la Compliance fait apparaître le juriste, l'avocat et le juge. Dès lors, alors que si la compliance n'était que la « conformité » il n'y aurait plus besoin de personne

puisque les algorithmes assureraient le décalque mécanique des situations et des personnes à toutes les réglementations, parce que le Droit de la Compliance est une branche du Droit humaniste, qui doit exprimer la culture de l'entreprise et le dialogue qui la fait fonctionner comme groupe de personnes, c'est non pas de réglementations qu'il s'agit mais de « l'esprit des lois », rencontrant une « culture d'entreprise », dont le but est commun, la notion juridique de « mission » l'exprimant. Cet esprit est insufflé par le juriste, gardé par le juge, défendu par l'avocat.

13. Le système probatoire du Droit de la Compliance : articuler les deux types de preuves, par l'outil et par les Buts. Dès lors, l'entreprise supporte la charge de prouver qu'elle a rempli son Obligation de Compliance, même si elle a place de défenderesse dans une instance. Mais, en premier lieu, le système algorithmique lui permet de la satisfaire, en montrant tous ses meilleurs efforts dans le maniement de cet outil de conformité. En second lieu, son action d'éducation, de dialogue et d'ouverture pour mener des actions avérées pour protéger les systèmes dans la position qui est la sienne, action mesurée dans ses effets, notamment à travers des alliances et des démarches de remédiation, prouve sa volonté efficace de compliance. Les éléments de preuve pour démontrer l'exécution de cette obligation de moyens sont d'une nature différente suivant qu'il s'agit de collationner des données ou de participer à cette grande « aventure de la Compliance », qui relève les défis du futur, pour l'affrontement desquels le rôle des entreprises est central.

14. Conclusion. Ainsi définis et réagencés l'un par rapport à l'autre, la conformité, outil – essentiellement technologique – du Droit de la Compliance, aide celui-ci à atteindre ses Buts Monumentaux, qui le définissent.


INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER : LA VERSION NUMÉRIQUE



Les +

- L'accès aux revues 2 à 10 jours avant la parution papier ;
- Le confort de lecture et des fonctionnalités de recherche et de navigation avancées ;
- Les archives depuis 2009 ;
- Un accès 24 h/24 sur Internet et hors connexion via les applis iOS et Android.

Téléchargez gratuitement l'application

compatible smartphones et tablettes

et en version feuilletable
sur www.dalloz-revues.fr

Pour toute question, notre service Relations clientèle
se tient à votre disposition au **01 83 10 10 10** (prix d'un appel local)