

Le juge, l'obligation de compliance ■ et l'entreprise. ■ Le système probatoire de la compliance¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Agrégée des Facultés de Droit,

Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

1. **Introduction et plan.** Le « système probatoire ». Pour articuler le système probatoire de la compliance, il convient d'admettre en préalable que le droit de la preuve est un système à part entière. Cela est difficilement admis, la preuve étant le plus souvent soit considérée comme un prolongement des branches substantielles du Droit soit comme un prolongement du droit processuel². C'est sans doute pour cela que la preuve est assez peu étudiée et présentée abstraitement, alors qu'en pratique tout repose sur elle et qu'il est essentiel de dégager des principes qui valent quelles que soient les situations. C'est donc à l'occasion des branches substantielles du Droit, notamment du droit de la concurrence³ et du droit financier⁴, que la question d'un système probatoire affleure, sans doute parce que ces branches du Droit sont plus sensibles aux situations factuelles, tandis que le droit civil recueille le plus souvent le droit de la preuve en ce que le droit civil est implicitement présenté

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements et références techniques supplémentaires, ainsi que de liens hypertextes. Il est disponible à l'adresse suivante : <https://mafr.fr/fr/article/prolegomenes-pour-le-systeme-probatoire-de-la-comp/>

2. V. l'exposé complet des positions des uns et des autres à ce sujet dans E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2022, p. 31 s.

3. J.-Ch. Roda, « Le standard de preuve : réflexion à partir du droit de la concurrence », *D.* 2021. Chron., p. 1297 s.

4. N. Ida, *La preuve devant l'Autorité des marchés financiers*, préf. H. Barbier, avant-propos D. Schmidt, Dalloz, 2022.

comme le droit commun⁵. Mais le système probatoire ne semble guère étudié et présenté en tant que tel...

Le système probatoire est pourtant construit sur ce que l'on pourrait appeler un « carré probatoire » fonctionnant quelle que soit la situation, système dont le droit de la compliance semble pourtant rejeter les principes mêmes. Cela accroît ce qui est d'une façon plus générale la difficulté à articuler les techniques de compliance et le Droit⁶.

Cette difficulté devient une opposition avérée dès l'instant que l'on définit la compliance comme l'obligation qu'auraient les entreprises de donner à voir (ce qui relève de la preuve, puisque donner à voir consiste à prouver) leur respect de toute la réglementation qui leur est applicable, alors que d'une part le système probatoire dispense les sujets de droit d'apporter la preuve des règles auxquelles ils doivent obéir, et que, d'autre part, dans un État de droit les sujets de droit jouissent de leur liberté d'action, ne répondant des violations des textes et des atteintes aux droits des autres qu'en *ex post*.

Mais heureusement, la compliance ne doit pas recevoir cette définition, pourtant assez courante. Le droit de la compliance est constitué par l'ensemble des principes, institutions, règles et décisions qui, dans une alliance entre autorités publiques et entreprises cruciales, tendent d'une façon substantielle à la concrétisation de buts monumentaux systémiques⁷ : branche du droit *ex ante* protectrice des systèmes et des êtres humains qui y sont impliqués, le droit de la compliance a pour objet de détecter, de prévenir et de construire pour qu'à l'avenir les systèmes soient moins exposés à la catastrophe qu'ils le seraient si l'on ne faisait rien, voire pour que ces systèmes soient meilleurs.

À cette action exigée des entreprises au regard de buts systémiques identifiés précisément, buts à la fois plus restreints (ce n'est pas toute la réglementation) et plus gigantesques (éradiquer la corruption, établir une égalité effective entre êtres humains, enrayer le changement climatique, etc.), qui requièrent la mise en place de structures permanentes et une série de comportements, un système probatoire spécifique doit lui être attaché, à la fois respectueux des principes probatoires généraux⁸ et spécifique à cette nouvelle branche du Droit.

5. C'est sans doute pour cela que l'ouvrage de Frédérique Ferrand et Gaëlle Lardeux, dans sa première édition de 2017 eut pour titre *Preuves. Droit civil*, et dans sa seconde édition de 2020 simplement *Preuve*, sans que le contenu en soit substantiellement modifié (F. Ferrand et G. Lardeux, *Preuve*, Dalloz, coll. « Corpus », 2020).

6. Sur cet enjeu de base qui consiste à poser que la compliance ne peut pas et ne doit pas être extérieure au Droit, v. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *D.* 2016. Chron., p. 1871-1874 ; *Droit de la compliance*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », à paraître ; « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », *in* cet ouvrage. 7. *Ibid.*

8. Pour une démarche similaire, v. V. Magnier, « Enjeux de la *blockchain* en matière de propriété intellectuelle et articulation avec les principes généraux de la preuve », *Dalloz IP/IT* 2019. 76 s.

Le système probatoire de la compliance est composé en premier lieu d'objets de preuve spécifiques, attachés, d'une part, à des structures de compliance et, d'autre part, à des comportements de compliance. En deuxième lieu, la grande spécificité de la compliance, d'ailleurs souvent dénoncée, tient dans la charge de preuve, dont le fardeau repose sur les entreprises, même lorsqu'elles sont procéduralement en défense. Ce poids se justifie par la position des entreprises mais aussi par le contour des objets de preuve, contour qui doit donc demeurer strictement défini, tandis qu'il faut intégrer les exigences issues des autres branches du Droit (comme le droit de la répression), car si le droit de la compliance est bien une branche du Droit spécifique justifiant des obligations probatoires nouvelles, elle ne peut pour autant détruire les autres branches du Droit et doit tenir compte de l'ordre juridique dans lequel elle se déploie. En troisième lieu, l'ampleur des enjeux probatoires est telle que les moyens de preuve se sont multipliés, voire doivent être construits tout exprès, selon le triptyque de l'effectivité, l'efficacité et l'efficience attendues du système de compliance lui-même au regard des buts monumentaux (et non de la réglementation). La science et les techniques, issues des systèmes qui sont impliqués dans les buts monumentaux de la compliance, y ont une place majeure⁹. En quatrième lieu, parce que le droit de la compliance est une branche du droit *ex ante* et que le juge y est pourtant au centre, il est logique que tous les efforts portent sur la préconstitution des preuves, opérée par l'entreprise soit de force soit de gré.

PRÉALABLE. SITUER LA PREUVE ET LA COMPLIANCE L'UNE PAR RAPPORT À L'AUTRE

2. Le choc entre le système probatoire et ce qui serait l'obligation de l'entreprise de donner à voir sa conformité à la réglementation applicable. Il convient de rappeler les principes de base du système probatoire (A) afin de souligner qu'à première vue le droit de la compliance, lorsqu'il est, à tort, défini par la « conformité », les détruirait (B).

9. Cela relativise ce qui semble être une *summa divisio* dans le Dictionnaire de l'Académie française qui, pour définir ce qu'est « prouver », distingue ce qui est l'établissement de la vérité d'une part et ce qui serait la « preuve juridique » d'autre part : « Prouver : Établir la vérité d'une proposition ou la réalité d'un fait, au moyen d'un raisonnement, d'une démonstration, d'un témoignage, etc. (Droit) : Démontrer l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi, en fournir la preuve juridique. », 9^e éd., 2020. V. d'une façon générale N. Le Douarin et C. Puigelier (dir.), *Science, éthique et droit*, éd. Odile Jacob, 2007, spéc. la contribution sur « Science et justice : des empreintes digitales aux empreintes génétiques : de la recherche de la preuve indiscutable », hypothèse dans laquelle c'est la science (et non plus le Droit) qui rend l'allégation incontestable (p. 135 s.).

A. LE CARRÉ PROBATOIRE DE PRINCIPE

3. **La preuve, cœur stratégique du Droit et du procès pour devenir maître du temps.** Mal-aimée du cursus français de l'apprentissage du Droit, la preuve est pourtant au cœur du fonctionnement de celui-ci¹⁰. En effet, nul ne peut alléguer une situation, laquelle est une construction de faits, et prétendre bénéficier de l'effet juridique que le système juridique attache à celle-ci sans prouver l'existence des faits impliqués. Parce que le système juridique fonctionne au bénéfice de la personne, celle qui ne peut pas activer le système probatoire est donc dans la même situation que celle qui n'a pas de droit : *idem est non esse et non probari*¹¹.

Peut-être cette personne est-elle titulaire d'un droit, mais le système ne fonctionnera pas pour elle. Le système probatoire est donc « vital », au sens où le système juridique ne « prendra vie » que par le jeu du système probatoire qui recouvre, comme le ferait un tissu, l'ensemble du Droit, pour permettre l'activation de celui-ci au profit des personnes. Cette vitalité fonctionne à chaque instant en dehors des affrontements : parce que la véracité des faits de chaque situation est usuellement acquise ; parce qu'en pratique, cette véracité n'est pas contestée ; parce que, le plus souvent, ce profit, que nous tirons continuellement du Droit, profit cristallisé dans nos droits subjectifs¹², donne spontanément lieu à une reconnaissance par autrui, admission par tous et plus particulièrement par le débiteur opérant paiement de lui-même. C'est ainsi que, même sans litige, le système juridique prend vie en pratique grâce au système probatoire dont les mécanismes multiples de présomption et de dispenses de preuve permettent l'exécution des droits et l'application du Droit.

Il peut arriver que ce fleuve tranquille de l'ordre juridique soit troublé par une contestation, prenant par exemple la forme d'une revendication, d'une prétention contre autrui, etc. Le système probatoire, qui n'était que virtuel, va apparaître sous une forme plus active, puisque c'est devant un juge que les faits allégués vont devoir être prouvés pour que la demande qui s'y attache trouve satisfaction. Tout le procès peut être décrit comme un mécanisme probatoire, à la fois théâtral et scientifique. Suivant les cultures et les cas, le procès sera plus ou moins l'un ou l'autre.

Mais parce que le Droit est un ordre qui se déploie dans la durée, unifiant toujours le passé, le présent et le futur, la nécessité de prouver que crée la dispute, l'efficacité de ce que l'on appelait traditionnellement les droits subjectifs rendus « à l'état de guerre » par l'action en justice, justifie que les personnes avisées aient préparé cette perspective, dès avant la nécessité d'une preuve

10. V. par ex. F. Ferrand et G. Lardeux, *Preuve*, op. cit.

11. « C'est la même chose de n'avoir pas de droit ou de n'avoir pas de preuve de son droit. »

12. H. Motulsky, *Principes de réalisation méthodique du système juridique. Éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

effective des bénéfiques retirés des textes et la titularité des droits, à une époque où nul ne les disputait ou ne les revendiquait : la préconstitution des preuves, même lorsque le système juridique ne le requiert pas, est une sage pratique.

Le système probatoire couvre donc tous les segments du temps, de la fureur de l'*ex post* du litige jusqu'à la sagesse de l'*ex ante* des preuves, au cas où. La preuve consiste en effet à maîtriser le temps, à ne se placer dans un segment du temps que pour mieux se plonger dans un autre segment : pour celui qui est dans le temps du procès, il s'agit le plus souvent de trouver des faits du passé, mais aussi d'anticiper des faits du futur ; pour celui qui est dans le temps de la préconstitution, par exemple le temps contractuel, il s'agit de construire par avance le récit plus ou moins incontestable de faits au cas où des allégations formulées dans le futur les concerneraient.

Le droit de la compliance, branche du droit *ex ante*, développera ce souci de l'avenir plus que toute autre branche du Droit, c'est pour cela qu'il va accroître les techniques de preuve, voire obliger les entreprises à construire de nouveaux moyens probatoires, parfois contre elles-mêmes, alourdir les charges de preuve, spécificités de compliance qui ne doivent pourtant pas méconnaître le système probatoire général dans ses principes directeurs. Le Droit doit veiller à ce que la compliance ne dévore pas ceux-ci, par exemple par la performance mécanique des algorithmes.

Mais plus le Droit va se soucier du futur et vouloir le maîtriser, la compliance exprimant cette « prétention », plus le système probatoire sera sollicité, sous une forme certainement de plus en plus scientifique, aussi probablement de plus en plus théâtrale.

Le système probatoire recouvre donc entièrement le système juridique et permet aux personnes de maîtriser, autant que cela est possible, le temps : garder trace du passé ou le reconstituer, anticiper les difficultés futures, en utilisant toutes les techniques disponibles pour le figer par avance. Celui qui néglige les preuves ou qui n'a pas accès à leurs ressources réduit le bénéfice que le Droit lui offre, voire s'en exclut. Endurant le « risque de preuve », il succombera à sa prétention, car celle-ci suppose que l'allégation soit prouvée dans les informations factuelles qu'elle articule, le « droit à la preuve » n'existant que dans des cas particuliers visés par des textes et non d'une façon générale. À une époque où tout est data, c'est un enjeu considérable. Mais cela ne résulte pas soudainement du numérique ou de la société de l'information : depuis le droit romain et dans tout système juridique, un carré probatoire a été établi.

4. **Le carré probatoire.** Dans cette immense matière qu'est donc le droit de la preuve¹³, rappelons en quelques lignes ce que l'on peut appeler le carré proba-

13. Les travaux de référence restent ceux du Centre de logique de Bruxelles : Centre national de recherche logique, Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981. V.

toire sur lequel tout système probatoire fonctionne, répondant à 4 questions : « **Qui doit prouver ? Que prouver ? Comment prouver ? À quelles conditions prouver ?** » Cela renvoie aux corpus de la charge de preuve, de l'objet de preuve, des moyens de preuve et de la recevabilité des preuves. Les réponses s'ancrent dans toutes les branches de Droit substantielles et relèvent aussi bien du droit processuel¹⁴ que des droits substantiels sous-jacents, puisque nous tardons à donner au droit probatoire l'autonomie qu'il mérite pourtant.

Celui qui sait répondre aux 4 questions, en manier les 4 réponses et faire interférer les réponses à une question pour modifier la façon dont une autre question est formulée, comme on le fait d'un kaléidoscope, par exemple manier un moyen de preuve pour faire changer la charge de preuve, voire obtenir son partage¹⁵, devient le maître des procès, notamment dans la prévention de ceux-ci et leur bonne résolution.

5. Le premier sommet du carré probatoire – la charge de preuve. La charge de preuve mérite bien son nom¹⁶ : c'est le poids de prouver, ou fardeau de la preuve. Ce fardeau pèse sur l'auteur d'une allégation. Le premier qui forme une allégation est celui qui saisit le juge, c'est pourquoi usuellement le Droit pose cette charge sur le demandeur à l'instance, mais ce n'est que parce que celui-ci forme la première allégation, affirmant par exemple que la somme dont il réclame paiement (ce qui constitue sa demande) lui est due par le défendeur (ce qui constitue son allégation). Dès l'instant qu'il a satisfait à sa charge de preuve, parce qu'il aura apporté la preuve des éléments factuels qui constituent son allégation, soit l'ensemble des objets de preuve en jeu dans le litige est prouvé, le juge pouvant alors statuer, soit la charge de preuve se met à circuler et c'est une autre partie, le plus souvent son adversaire, qui va devoir supporter à son tour la charge de prouver, parce que celui-ci aura lui aussi formulé une allégation.

Le procès est ainsi souvent une alternance de charge de preuve, au fur et à mesure que les parties la satisfont, en s'affrontant dans diverses allégations qui se contredisent dans un débat. Se constitue ainsi comme une ronde de charges de preuve car face au demandeur à l'instance, premier demandeur à une allégation, les autres parties ne restent pas inactives, formulent des

aussi C. Puigelier (dir.), *La preuve*, Economica, coll. « Études juridiques », 2004 ; la vision la plus complète du sujet étant sans doute E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, *op. cit.*

14. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », *in* cet ouvrage.

15. Ce qui peut arriver dans des dispositifs légaux spécifiques, par exemple pour lutter contre les discriminations dans les entreprises : A. Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'homme* 2016.

16. V. d'une façon générale N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 153, 2016.

prétentions (ne serait-ce que le rejet des prétentions des autres) et alimentent celles-ci en fournissant des éléments de preuve, les instances pouvant mettre en cause de nombreuses parties. Mais à un moment cette ronde s'arrête : c'est alors celui qui n'avait pas satisfait sa charge de preuve qui perd. La charge de preuve contient ainsi le « risque de preuve », risque mortel puisque le coût en est la défaite. Par exemple, celui qui demandait paiement mais n'a pas pu prouver que la somme était due supporte le risque de preuve corrélée à la charge de preuve et succombe alors¹⁷.

Or, plus le cas est technique et plus les allégations qui le construisent sont difficiles à prouver. C'est particulièrement vrai en droit économique. Si le fait est passé, il est fréquent qu'on ne sache jamais ce qui s'est passé ; si le fait est futur, il est fréquent que nul ne puisse reconstituer d'une façon fiable ce qui se passera. Le contrôle des concentrations se joue sur l'échafaudage des « tests ». L'enjeu probatoire porte alors avant tout sur les charges de preuve, en ce qu'elles contiennent le risque de preuve, les stratégies des parties visant à les faire basculer sur les épaules d'une autre partie, voire sur celles du juge.

La présomption d'innocence a pourtant cet effet considérable de bloquer la charge de preuve sur celui qui accuse, ce qui explique qu'on accorde à ce principe, de nature politique, une telle importance dans le contentieux économique, car il permet aux entreprises de bloquer le risque de preuve sur les épaules de l'autorité de poursuite, qu'il s'agisse de l'autorité de régulation, de supervision, de l'administration ou du ministère public, et d'interférer avec la ronde des charges de preuve précédemment décrite¹⁸.

6. Le deuxième sommet du carré probatoire – l'objet de preuve. L'objet de preuve vise ce que celui qui en supporte la charge doit démontrer. D'entrée de jeu, le Droit accorde une dispense majeure : ce n'est pas au demandeur à l'allégation de prouver l'existence du Droit applicable à celle-ci¹⁹, *jura novit curia*²⁰. Dans la prétention que la partie élabore, seul l'élément qui présente une dimension factuelle est donc objet de preuve : dans l'exemple précédemment pris, l'existence de la somme due au demandeur par une autre personne. Une situation de fait étant comme un tableau aux multiples points, tous les faits qui composent la situation n'ont d'ailleurs pas à être prouvés :

17. Cela est par exemple exprimé par l'article 9 du Code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

18. Sur la question des enquêtes internes, v. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc. ; « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », in cet ouvrage.

19. Nous verrons à quel point cette règle à la fois simple et fondamentale est remise en cause de plein fouet par le droit de la compliance. V. ci-avant.

20. « La cour connaît le Droit. »

l'on considère que les faits constants sont dispensés de preuve et que seuls les points contestés doivent être établis. Pour continuer sur l'exemple pris, la nationalité de la personne visée ne le sera pas mais sa qualité de débitrice le sera, car le système probatoire anticipe que cette qualité sera niée par l'adversaire.

Il faut en outre que le fait soit « pertinent », c'est-à-dire que sa démonstration ou sa non-démonstration ait un effet sur l'issue du litige. Dans l'exemple retenu, le fait est pertinent car si le demandeur à l'allégation (qui est ici le demandeur à l'instance) ne peut pas démontrer que la personne assignée est effectivement débitrice de la somme, il succombera puisque cette qualité était requise pour fonder sa prétention.

Il faut enfin que le fait soit appréhensible, c'est-à-dire qu'on puisse le saisir. C'est pour cela que le système probatoire exclut la preuve des faits négatifs²¹, car l'on ne peut prouver ce qui n'est pas, par exemple en principe ce qui n'est pas arrivé parce qu'il s'agit d'un événement futur. Question majeure et renouvelée par le droit de la compliance, puisque celui-ci est une branche du droit *ex ante*²², dont l'objet est l'avenir... À l'inverse, le fait qu'il soit difficile pour la partie d'atteindre la preuve ne suffit pas à supprimer son obligation de prouver, mais justifie qu'on l'y aide. Une telle difficulté apparaît par exemple parce qu'il s'agit d'un fait très complexe, une expertise pouvant être diligentée par le juge, y compris *in futurum*, ou parce que l'élément probatoire est entre les mains de l'adversaire, le juge pouvant requérir sa production. Mais il n'existe pas un « droit subjectif général à la preuve²³ », des textes ne l'accordant que dans des cas spécifiques, notamment en droit du travail²⁴.

7. Le troisième sommet du carré probatoire – les moyens de preuve. Pour satisfaire la charge de démontrer les faits pertinents qu'il allègue, le demandeur recourt à des moyens de preuve. C'est là que le Droit et la Science se rejoignent, puisque les moyens de preuve visent à établir la véracité des faits allégués. En principe, comme en matière scientifique, la personne peut recourir à tous les

21. Sur le problème engendré par la « conformité » défini par la non-violation de la réglementation, ce qui constitue un fait négatif, v. ci-après.

22. C'est un élément essentiel dans l'évolution du droit de la compliance, lequel en tant que droit *ex ante* a justement pour objet le futur.

23. Sur cette notion, v. G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, op. cit., p. 277-301. Il est possible que ce droit subjectif finisse par devenir général, pour rendre effectif le « droit au jugement », lui-même corrélé au « droit d'action en justice ». Plus l'on conçoit le système probatoire à travers le droit processuel, lui-même conçu comme un maillage de droits subjectifs, plus l'on ira vers cela. Mais pour l'instant il n'existe pas, et les critiques que son application exceptionnelle engendre sont donc souvent elles-mêmes excessives : v. P.-Y. Gautier, « Contre le droit illimité à la preuve devant les autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p. 181-193.

24. V. ci-après.

moyens de preuve qu'il arrive à rassembler : la preuve est en principe libre²⁵ et, comme en matière scientifique, il faut ensuite que le juge en soit convaincu. À la liberté dans l'élaboration des preuves correspond la libre appréciation des éléments de preuve par le juge. Mais d'une part les segments où l'exception de la « preuve légale » est adoptée, notamment au profit de l'écrit, sont si vastes, et d'autre part la montée en puissance d'exigence de « faisceaux d'indices », voire de typologie de preuves plus fiables que d'autres, selon des « standards de preuves²⁶ », peuvent faire douter de cette liberté dans le choix des moyens de preuve²⁷.

Il demeure que si celui qui supporte la charge apporte les moyens de ce qu'il doit prouver, alors il satisfait à sa charge, sauf à ce que, la charge de preuve n'étant qu'une « ronde²⁸ », le défendeur à son allégation forme à son tour une allégation, laquelle devra à son tour être démontrée par celui-ci (par exemple, extinction de l'obligation de payer du fait de l'inexécution par le demandeur à l'instance de sa propre obligation).

Les moyens de preuve peuvent prendre la forme d'un témoignage (un témoignage contre soi-même étant un aveu) sous toutes formes (orale, écrite, image, etc.), d'un écrit ou d'un raisonnement. Parmi ces raisonnements, figure la présomption. Plus l'objet est difficile à prouver et plus les présomptions vont être activées, parce qu'elles consistent à changer d'objet de preuve. En effet, la présomption consiste à déplacer l'objet de preuve : ne pouvant pas prouver l'objet direct de preuve, le demandeur à l'allégation prouve un autre objet de preuve qui est rattaché au premier par un lien logique, notamment un lien de causalité. Par exemple, si la partie ne peut prouver directement la présence d'une personne sur les lieux, elle prouvera la présence d'un objet lui appartenant, ce qui permet de présumer cette présence. La présomption renverse alors la charge de preuve, l'adversaire à l'allégation pouvant à son tour alléguer par exemple qu'à ce moment-là celui dont il s'agit était présent dans un autre lieu, présence qu'il devra à son tour prouver. Les présomptions ont un rôle central en droit économique, car il y est si difficile de prouver directement..., droit dans lequel l'on reconstitue les comportements à partir de modèles de rationalité économiques et financiers²⁹.

25. Ce que l'article 1358 du Code civil reprend en ces termes : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. »

26. J.-Ch. Roda, « Les standards de preuve : réflexion à partir du droit de la concurrence », art. préc.

27. J.-Ch. Roda, « Que reste-t-il de la liberté de la preuve en droit commercial ? », conférence *Droit et Commerce*, 17 sept. 2022.

28. V. ci-avant.

29. Par ex. la preuve du marché pertinent, élément essentiel dans tout contentieux de droit des marchés concurrentiels, est établie par un faisceau de présomption. V., M.-A. Frison-Roche et J.-Ch. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2022, n° 110, p. 87. Sur la perspective que l'adoption de « standard de preuve » pourrait impliquer, obligeant ceux qui jugent à abandonner cette liberté d'appréciation et donc, par effet réflexe, le principe

Selon les règles classiques, l'effet obtenu par les moyens de preuve dépend de la conviction du juge, plus ou moins convaincu, instruit par le débat contradictoire, la matière pénale n'étant en cela que la forme la plus nette d'un principe qui régit en théorie l'ensemble du Droit. Il en serait différemment si l'on s'éloignait du principe de la liberté de la preuve pour adopter le système américain des standards, les éléments de preuve devant permettre, notamment par des faisceaux d'indices, d'aller au-delà du doute raisonnable. Un élément majeur du système probatoire aurait alors changé.

L'une des difficultés que l'on rencontre à construire les bases d'un système probatoire de la compliance réside donc dans l'absence de solidité du système probatoire lui-même, car pour concevoir le système probatoire spécial en bonne intelligence avec le système général, encore faudrait-il que celui-ci soit solide. Or, cela n'est pas le cas pour des points essentiels, notamment pour savoir s'il s'agit de le rattacher au droit processuel ou au droit substantiel, pour savoir si la preuve est libre par principe ou non, pour savoir par quoi le juge est tenu... Cette même incertitude dans les bases du système général se retrouve à propos de la recevabilité des preuves³⁰.

Dès lors, dans chaque branche du Droit se construit un petit système probatoire qui lui est propre, le droit économique semblant se détacher pour migrer vers le système probatoire américain, sans grand rapport avec le droit commun probatoire, faute pour celui-ci d'avoir des bases solides et claires, ce qui est très préjudiciable puisque la preuve est ce qui donne vie au Droit et aux droits³¹, c'est-à-dire au système juridique lui-même.

On peut penser que la compliance, en ce qu'à la fois elle engendre une branche du Droit spécifique³² et donne une nouvelle vie aux autres branches du Droit³³, pourrait réparer cela.

8. Le quatrième sommet du carré probatoire – la recevabilité de la preuve.

Les moyens de preuve sont plus ou moins recevables. C'est en cela que la preuve juridique se distingue de la preuve scientifique, en deçà de celle-ci puisque la preuve juridique peut, même convaincante, n'être pas admissible (par exemple, lorsqu'elle n'est pas loyalement obtenue), ou au-delà si, même peu convaincante, elle lie le juge (par exemple, dans les situations exceptionnellement régies par le dispositif de la preuve légale ou par l'acte authentique,

même de la liberté de preuve au bénéfice de la partie, v. J.-Ch. Roda « Le standard de preuve : réflexion à partir du droit de la concurrence », *D.* 2021. Chron., p. 1297 s.

30. V. ci-après n° 8.

31. V. ci-avant n° 1.

32. Sur cette perspective spécifique, M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », art. préc.

33. Sur cette perspective plus générale, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2022.

acte incontestable³⁴). Tout d'abord, ce système dit de la « preuve libre » ne s'applique pas toujours, certaines situations requérant à titre exclusif des preuves écrites préconstituées (système dit de la « preuve légale », applicable en présence d'actes juridiques portant sur des opérations civiles pour un montant un peu élevé³⁵). Une preuve constituée selon les règles de la preuve légale (acte authentique, acte sous seing privé) a une portée probatoire différente³⁶, certains éléments étant même incontestables³⁷. De la même façon, un serment est une technique probatoire qui lie parties et juge, cet effet si puissant faisant douter qu'il s'agisse même d'une preuve, puisque le lien avec la vérité y est si relâché.

En outre, la façon de capter l'information doit être loyale, la loyauté de la preuve étant considérée comme un principe général du système probatoire, application du standard général de loyauté qui caractérise les États de droit, auquel ce n'est que par exception, donc dûment justifiée et cantonnée, que l'on admet l'inverse. À cela s'ajoute que la preuve étant une façon d'agencer les choses et ayant de ce point beaucoup de points de contact avec le droit processuel, pour que le moyen de preuve puisse être examiné par le juge, il faut par principe qu'il soit versé au débat contradictoire, le principe processuel étant alors plus large car cela permet parfois de rendre admissibles des preuves obtenues d'une façon déloyale. Textes et jurisprudences ont peaufiné ces règles, cas après cas.

9. Le jeu entre les 4 sommets du carré probatoire. À partir de ces 4 points, très sommairement rappelés ici³⁸, les quatre interférant, textes et jurisprudences ont développé de multiples règles pour alourdir ou alléger le système en faveur des uns ou des autres. C'est ainsi qu'en faveur d'une personne menacée d'une décision lui faisant grief, une sanction par exemple, la Constitution a posé le principe de la présomption d'innocence au bénéfice de cette personne : cela bloque la charge de preuve sur les épaules de celui qui

34. Cette incontestabilité n'est supportable seulement parce que les personnes qui établissent l'acte authentique vérifient l'exactitude des faits qu'ils mentionnent et parce que l'incontestabilité de l'acte quant aux faits est limitée à ceux-ci. V. M.-A. Frison-Roche, « Acte authentique, acte de marché », *JCP N* 2010, 1290 s.

35. Sur ce système complexe de la preuve légale, v. par ex. J. Wroblewski, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, op. cit. ; sur l'importance excessive accordée à la distinction entre la preuve légale et la preuve libre, parfois présentée comme la *summa divisio* du système probatoire, alors qu'elle n'en constitue qu'une partie, E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit. ; n° 39, p. 38 s.

36. On ne peut prouver contre un écrit que par un autre écrit.

37. Ce qui fait la grande valeur des actes authentiques. V., M.-A. Frison-Roche, « Acte authentique, acte de marché », art. préc. Ce à quoi peut s'associer la puissance technologique de la blockchain, dans sa sécurité de conservation. V. Th. Douville, « Blockchains et preuve », *D.* 2018. Chron., p. 2193 s.

38. On se reportera avec profit à l'ouvrage précité d'E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*.

l'accuse, notamment le ministère public. Parce que cela entrave ce que l'on a ici désigné comme la ronde naturelle des charges de preuve³⁹, la présomption d'innocence, attachée à la perspective de sanction, a été qualifiée non plus de règle de preuve mais de règle de fond, notamment parce qu'elle constitue un fondement politique de la communauté sociale⁴⁰. Or, on la présente comme fort maltraitée par le droit de la compliance⁴¹...

De la même façon, la liberté de preuve accueille les raisonnements, y compris les raisonnements économiques, comme moyens de preuve. De cette marge ainsi offerte par le principe de liberté de la preuve, le droit économique a fait grand usage, au point de substituer parfois ce que l'on a appelé une « preuve économique », se prévalant d'une plus grande objectivité et sécurité⁴², à ce qu'il ne faudrait plus appeler que « preuve juridique », notamment en ce que celle-ci exige encore la preuve d'une intention de faire pour sanctionner une personne tandis que la « preuve économique » pourrait reconstituer, sur des calculs, des comportements probables par leur rationalité pour infliger des remèdes⁴³.

Mais cela est souvent considéré comme une méconnaissance par le droit économique, notamment dans sa dimension répressive⁴⁴, du système probatoire. Comme on a pu considérer que la multiplication des « droits à la preuve » dans les contentieux devant les autorités de régulation n'était pas conforme aux principes classiques⁴⁵. Mais cela n'est qu'un des chocs frontaux entre compliance et preuve, dès l'instant que l'on voudrait définir la compliance comme ce qui engendrerait pour les sujets de droit une obligation de donner à voir en *ex ante* qu'ils se « conforment » à toute la réglementation qui leur est applicable.

39. V. ci-avant.

40. Sur la spécificité de la présomption, sa difficulté à s'insérer dans un système probatoire qui maintient son lien avec la vérité, L. Grozdanovski, « Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit », *Revue internationale d'études juridiques* 2020/1, vol. 84, p. 39-72.

41. Ce qui n'est pas exact, v. ci-après.

42. Sur ce point, M. Aglietta, « La preuve dans les sciences économiques », *L'économie politique* 2018/2, n° 18, p. 94-112.

43. Sur l'usage qu'en fait le juge, A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos de B. Vesterdorf, préf. G. Canivet, LGDJ, coll. « Droit & Économie », 2008.

44. M.-A. Frison-Roche, J.-Cl. Marin et Cl. Nocquet (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001.

45. Dans ce sens, P.-Y. Gautier, « Contre le droit illimité à la preuve devant les autorités administratives indépendantes », préc., l'auteur limitant certes son analysant et sa critique au droit de la concurrence. Le droit positif a définitivement acté l'ampleur du droit à la preuve, alors même qu'un droit subjectif, issu lui du droit de la compliance, à savoir le droit à la non-communication de ses données personnelles, était évoqué, par l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 novembre 2020 (pourvoi n° 17-19.523).

B. LE CHOC FRONTAL ENTRE LE SYSTÈME PROBATOIRE ET LA COMPLIANCE, SI ELLE EST DÉFINIE COMME L'OBLIGATION DE DONNER À VOIR LE RESPECT PAR L'ENTREPRISE DE TOUTE LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE

10. **Le premier choc entre compliance et preuve, engendré par la définition de la compliance comme obligation de l'entreprise de prouver sa « conformité à la réglementation qui lui est applicable » : l'obligation de prouver le droit ?** À première vue, la confrontation commence mal, car la première chose que le système probatoire produit est la dispense de connaître le Droit, personne n'ayant à rassembler les règles de droit applicables pour en avoir le bénéfice⁴⁶. En effet, l'autre règle, connue sous la formulation « Nul n'est censé ignorer la loi », n'impose pas que l'on connaisse le Droit mais implique qu'on ne puisse se prévaloir de la méconnaissance qu'on en a pour se soustraire à son application et à une sanction pour l'avoir méconnu.

Or, si la compliance se définit comme une obligation générale d'obéir spontanément à l'ensemble de la réglementation applicable et de donner à voir cette obéissance, alors il faut nécessairement, d'une façon préalable, connaître effectivement toute cette « réglementation ». Tous les services de compliance expliquent que leur première tâche, et difficulté, consiste dans le rassemblement de toutes les « réglementations »... Tâche gigantesque, pour laquelle seules les machines semblent être la solution, aboutissant à ce qui serait la « compliance automatique ».

Indépendamment même de la négation que cet automatisme représente au regard de ce qu'est le Droit⁴⁷, cela ferait donc peser une obligation préalable sur l'entreprise, sujet de droit : rapporter la preuve de toutes les réglementations qui lui sont applicables. Elles s'y appliquent, en recourant à des algorithmes. Or, en premier lieu comme tous le soulignent en pratique, cela est extrêmement difficile, puisque le Droit, qui est alors présenté comme un « tissu réglementaire », est mouvant et que l'entreprise n'arrive pas, malgré ses investissements technologiques, à le connaître. Mais comme l'obligation lui en est faite, car il faut bien qu'elle le connaisse dans un premier temps pour s'y conformer dans un second temps, s'il s'avère par la suite qu'il existait une règle qu'elle ne connaissait pas et dont elle n'a de ce fait pas donné à voir qu'elle s'y conformait activement, elle devrait être sanctionnée... L'entreprise investit donc dans la technologie, la mémoire des machines et la capacité de traitement des algorithmes pour arriver à connaître la réglementation, préalable requis pour s'y conformer⁴⁸.

46. V. ci-avant.

47. Pour une démonstration d'ensemble à ce propos, v. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

48. V. dans ce sens l'article écrit par deux juristes d'entreprises, B. Laroche et J. Boulluchaigner, « *Brave New Planes* ou la conformité juridique de grands groupes aéronautiques face aux défis de l'intelligence artificielle », *Daloz IP/IT* 2022. 83 s.

Pourtant en second lieu, cela est totalement contraire au principe même du système probatoire, car ce n'est pas aux sujets de droit d'apporter au juge la démonstration de leur connaissance des règles du Droit, puisque le système probatoire les dispense de prouver les règles de droit applicables, et même d'en invoquer une.

Pour que le droit de la compliance ne détruise pas l'une des bases du système probatoire, il faut que la définition du droit de la compliance ne soit pas celle d'une démonstration en *ex ante* de l'obéissance à toutes les réglementations applicables, mais bien la participation à la concrétisation de buts monumentaux⁴⁹.

11. **Le deuxième choc entre compliance et preuve, engendré par la définition de la compliance comme obligation de l'entreprise de prouver des faits négatifs par les non-violations de la réglementation applicable.** Continuons sur cette définition, proprement insensée, qui obligerait les entreprises à prouver à tous qu'activement elles se conforment à toutes les réglementations applicables en permanence, en tous lieux et à travers toutes les personnes dont elles doivent répondre. Si le droit de la compliance devait être ce carcan-là, alors non seulement l'objet de preuve serait colossal, supposant que l'entreprise démontre qu'elle connaît effectivement, à travers des machines, toute cette réglementation applicable⁵⁰, mais encore satisfaire cette charge de preuve serait impossible car il s'agit d'un objet négatif : la « non-violation ».

En effet, la preuve d'une telle conformité n'est pas une preuve positive : il s'agit en réalité de prouver qu'il n'y a pas eu dans le passé, qu'il n'y a davantage dans le moment où l'entreprise est examinée et qu'il n'y aura pas dans le futur de manquement à la réglementation applicable. « Se conformer », c'est ne pas violer la réglementation. C'est donc un fait négatif. Or, par principe les faits négatifs ne sont pas des objets de preuve⁵¹ et il est totalement épuisant, et finalement impossible, de démontrer que jamais par le passé, et qu'actuellement et à l'avenir, nulle part, personne ne s'est écarté, ne s'écarte et ne s'écartera des règles. Comment démontrer cela ? Autrement que par des déclarations, « je ne suis pas corrompu, et nul dont je dois répondre ne l'est et ne le sera », affirmation dont les autorités publiques ont parfois qualifié comme n'étant que du *marketing* mais qu'il est difficile de remplacer concrètement... En effet, la charge de preuve face à un tel objet de preuve est telle que les entreprises en sont donc conduites à des engagements généraux, des conduites présentées comme « exemplaires » et des prises de paroles, ce que les autorités publiques analysent fréquemment comme n'étant que des faux-semblants. Mais c'est l'objet même qui n'est pas, au sens technique du terme, « supportable ».

49. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, *op. cit.*

50. V. ci-avant n° 10.

51. V. ci-avant.

En effet, cette articulation à première vue impossible entre le système probatoire et le droit de la compliance, en ce que celui-ci méconnaîtrait deux principes essentiels, à savoir l'inutilité de prouver la réglementation et l'interdiction de requérir la preuve de faits négatifs, vient de cette définition de la compliance comme une obligation pesant sur des entreprises de « se conformer à toute la réglementation applicable ».

Pour dépasser cette aporie, il faut soit tenter d'atteindre cette performance extraordinaire de conformité en déshumanisant la compliance par le recours à des logiciels qui se chargeraient de tout⁵², soit ne pas adhérer à cette définition de la compliance comme preuve apportée à tous par l'entreprise de sa conformité à toute la réglementation qui lui est applicable⁵³.

12. La tentation de remplacer les êtres humains par des machines pour obtenir une compatibilité entre le système probatoire et la compliance définie comme l'obligation de l'entreprise de prouver ses non-violations de la réglementation applicable. Dans ce qui apparaît alors comme une exigence inhumaine, la solution semble être effectivement de sortir des solutions humaines en confiant tout cela à des algorithmes. Des ingénieurs construisent des ordinateurs qui vont stocker ces masses d'informations que sont les textes et décisions de toutes natures et provenances, tandis que des algorithmes mettent en corrélation les cas traités les uns par rapport aux autres, les corrélations couvrant petit à petit toutes les hypothèses factuelles passées, présentes et futures⁵⁴. Cela aurait pour effet radical, à supposer qu'une telle conformité soit ainsi obtenue, de prouver que l'entreprise a toujours obéi, obéit, et obéira toujours au Droit, ce qui exclurait le juge du système de compliance, puisque la violation serait exclue. Cela exclurait aussi l'État de droit, lequel suppose toujours la présence du juge⁵⁵, ce qui peut ne pas paraître insurmontable, voire paraître plein d'attraits pour certains.

13. Préférer définir le droit de la compliance par les buts monumentaux pour le rendre compatible avec le système probatoire. Mais si l'on accorde de la valeur à l'État de droit, il convient de chercher une autre solution : celle-ci réside dans la définition substantielle du droit de la compliance par les buts monumentaux de celui-ci⁵⁶. On rappelle que le droit de la compliance se définit d'une façon téléologique par les buts que cette branche du Droit poursuit : il s'agit de faire en sorte que, par une alliance entre les

52. V. ci-après n° 12.

53. V. ci-après n° 13.

54. Pour une présentation plus détaillée du mécanisme, v. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

55. Pour la démonstration d'ensemble dans ce sens, v. M.-A. Frison-Roche, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

56. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit.

autorités publiques et des opérateurs économiques cruciaux, l'avenir soit changé par rapport à la route que lui dessine le présent. Dans cette perspective systémique, des buts monumentaux négatifs visent à écarter ce qui, sans une action immédiate et constante, adviendrait, par exemple une catastrophe endémique ou/et une disparition des systèmes. Il peut s'agir aussi de buts monumentaux positifs pour que ces systèmes économiques et sociaux progressent, par exemple dans l'égalité entre les êtres humains, dans les principes de probité et de respect, dans des équilibres écologiques nouveaux.

Cette définition écarte des contradictions apparentes. Ainsi, si l'on définit le droit de la compliance d'une façon substantielle par les buts monumentaux qui lui sont spécifiques et que les opérateurs cruciaux, de force ou de gré, poursuivent⁵⁷, alors la réglementation applicable à l'entreprise n'a plus besoin d'être stockée par elle dans des mémoires technologiques, puisqu'on ne lui demande pas de donner à voir qu'elle s'y conforme, le Droit n'étant donc pas un objet de preuve.

C'est plus généralement à partir des objets de preuve que le droit de la compliance sculpte sa spécificité, au regard de cette définition, pour cerner un système probatoire propre à la compliance, qui ne soit pas inhumain et qui transcrive l'originalité du droit de la compliance : c'est alors non pas par la charge de la preuve qu'il faut débiter mais par les objets de preuve, car c'est d'abord à travers ceux-ci que la spécificité de cette branche du Droit se marque. De là, tout va découler.

I. LES OBJETS DE PREUVE SPÉCIFIQUES AU DROIT DE LA COMPLIANCE : LES DISPOSITIFS STRUCTURELS ET LES MEILLEURS COMPORTEMENTS ATTENDUS

14. **La distinction fondamentale entre les dispositifs structurels et les dispositifs comportementaux.** Au regard des buts poursuivis, que ce soit la loi qui y oblige, loi désormais appelée « réglementation », ou que ce soit l'entreprise, à travers ce que l'on appelle alors l'éthique ou la responsabilité sociétale dans des documents reproduisant le plus souvent les termes de la loi, ce qui entraîne bien des difficultés par cette superposition et duplication de sources de nature diverses⁵⁸, l'entreprise met en place des « outils⁵⁹ ».

57. *Ibid.*

58. Cela est un autre sujet, analysé notamment dans l'ouvrage *Les buts monumentaux de la compliance, op. cit.*

59. Sur la variation de ceux-ci, v. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2021.

Comme il s'agit de viser des buts, négatifs (éradiquer le blanchiment d'argent, éliminer la corruption, supprimer les abus de marché, faire disparaître l'expression de la haine et de la discrimination, etc.) et positifs (protéger la nature, promouvoir les femmes, éduquer, etc.), les entreprises doivent mettre en place des structures spécifiques, grâce auxquelles des comportements performants sont obtenus ou accrus et les buts monumentaux désignés par les autorités publiques mieux atteints.

Traduit dans le système probatoire, les entreprises cruciales, qui sont les sujets de droit du système de compliance⁶⁰, font face à deux objets de preuve, dessinés par les buts monumentaux : la mise en place des dispositifs structurels expressément requis, par la loi ou par l'entreprise elle-même et effectivement organisés (A) ou l'adoption des comportements pertinents pour atteindre les buts monumentaux, comportements qui s'avèrent plus ou moins efficaces (B).

A. PROUVER LA MISE EN PLACE EFFECTIVE DES DISPOSITIFS STRUCTURELS REQUIS AU REGARD DES BUTS MONUMENTAUX

15. **La mise en place des structures, une obligation de résultat.** Parmi les outils de la compliance, nombre d'entre eux sont structurels. Il s'agit notamment des plans, des cartographies, des formations. Que ceux-ci produisent ensuite les effets que l'on attend de ces outils, c'est-à-dire les comportements attendus, par exemple les comportements de prudence à la suite des cartographies des risques, ou de responsabilité à la suite des formations, est une autre chose.

Une personne dont c'est l'intérêt peut donc demander à l'entreprise, sujet du droit de la compliance, de montrer qu'elle a mis en place les structures de compliance requises par une source légitime de compliance, par exemple une loi, un jugement (en peine complémentaire de conformité ou comme engagement), une convention judiciaire d'intérêt public ou un contrat.

16. **Le seul objet de preuve sur les structures de compliance : leur efficacité.** Mais le seul objet de preuve est cette mise en place, pas l'effet produit par celle-ci. Dès l'instant que l'entreprise a mis en place un plan, une cartographie, un suivi, des formations, le contour de l'objet de preuve est correctement dessiné, la charge de preuve en découle et sera satisfaite si les documents sont communiqués. Ce que produisent les instruments de compliance, leurs résultats, lesquels se mesurent au regard des buts monumentaux, est un autre objet de preuve. Il est vrai que cela n'est pas toujours

60. Sur les entreprises cruciales, en tant qu'elles sont les sujets de droit de la compliance, v. not. N. Borgia, J.-Cl. Marin et J.-Cl. Roda, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, JoRC et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2018.

clairement perçu, en raison de ce jeu de langage qui consiste à poser que les « résultats » obtenus grâce aux moyens de compliance ne sont que des obligations de « moyens », tandis que l'exécution des obligations structurelles est une obligation de « résultat ». Comment ne pas s'y perdre... Surtout si l'on confie tout cela à des algorithmes, dont l'aptitude n'est que dans le rapprochement des mots.

17. Une analyse stricte de l'objet de preuve, le déplacement de l'objet de preuve par présomption et le renversement de charge de preuve produit. Une fois que l'entreprise a donné à voir à tous l'existence des structures de compliance qu'elle doit mettre en place, parce que la loi, un jugement ou ses propres engagements l'y avaient conduite, elle a satisfait à sa charge de preuve. L'entreprise n'a pas à prouver l'efficacité des structures qu'elle met en place. Selon le mécanisme de la « ronde des charges de preuve⁶¹ », c'est à celui qui conteste pourtant l'exécution par l'entreprise de son obligation de montrer que l'entreprise, en mettant en place sa structure, savait ou ne pouvait pas ne pas savoir que la structure de compliance ne pourrait pas produire l'effet minimal attendu par la loi. C'est ainsi qu'une entreprise qui ne donne aucun moyen à la personne en charge de la compliance ne peut pas prétendre avoir exécuté son obligation de compliance, même si l'entreprise est libre des modalités d'exécution. Mais c'est à la personne qui allègue cette insuffisance, en l'espèce l'autorité de régulation, de démontrer cette insuffisance, elle aussi structurelle, en montrant par exemple qu'il n'y avait qu'une ou deux personnes pour contrôler beaucoup d'individus et de structures dans beaucoup de lieux. En effet, dans un premier temps, la mise en place effective de structures présume leur efficacité⁶². Ainsi, une meilleure aptitude des personnes à résister à l'avenir à la corruption ou à détecter le blanchiment d'argent, ou à lutter contre le harcèlement, est présumée par la mise en place et la tenue des formations en ce sens. Ce sont deux objets de preuve distincts : la mise en place des formations d'une part, le résultat de ces formations d'autre part. Or, ce qui est pertinent pour le droit de la compliance défini par les buts monumentaux, conception non mécanique, ce ne sont pas les formations mais le résultat de celles-ci. Mais joue alors la présomption, qui permet à l'entreprise qui supporte la charge de preuve de passer de l'objet direct de preuve (le résultat des formations) à l'objet indirect (la mise en place des formations), cette mise en place et la tenue des formations présumant un effet. S'opère alors un renversement de charge de preuve : une autre partie peut briser cette présomption. Il est possible que quelqu'un allègue que, malgré ces formations à propos de la corruption, du blanchiment, de la protection de l'environnement, de la lutte contre le déséquilibre climatique, etc., aucune modification de comportement n'a été observée dans l'entreprise, parmi ceux dont elle doit répondre.

61. V. ci-avant.

62. V. ci-avant.

Mais ce nouvel objet de preuve qu'est l'improductivité de l'outil de la compliance engendre une charge de preuve qui repose sur l'auteur d'une telle allégation, pas sur l'entreprise qui a mis en place l'outil requis. Il sera pourtant prudent de la part de l'entreprise de préconstituer des preuves de l'efficacité de ces formations, c'est-à-dire un sens accru chez les personnes dont elle répond de la nécessité de prévenir et de lutter contre la corruption, voire de préconstituer⁶³ des preuves de l'efficacité de ces formations, à savoir une diminution observée de la corruption dans la zone géographique, le secteur industriel, etc., un meilleur respect d'autrui, voire les premiers signes d'un changement de culture. L'impératif de préconstitution de preuves⁶⁴ apparaît, anticipant cette ronde de charge de preuve⁶⁵.

18. Une possible charge de vraisemblance de l'efficacité des structures mises en place. En outre, même si de toutes les façons il est toujours plus prudent que l'entreprise ne s'en tienne pas à l'objet de preuve qu'est l'effectivité de la mise en place des structures de compliance, il peut arriver qu'en raison de la lourdeur de la charge de preuve que le droit de la compliance fait peser sur les entreprises⁶⁶, des textes exigent plus que cela et demandent que les entreprises fournissent en permanence la démonstration d'un lien d'efficacité entre les structures et les comportements. C'est ce que vise l'obligation spécifique qu'est le « suivi », tel que les législations la visent, les entreprises devant régulièrement rendre compte soit en interne, soit en externe, d'une façon ciblée (devant un moniteur, des autorités publiques de régulation ou/et de supervision) ou générale, des effets produits par les structures mises en place au regard des buts monumentaux fixés.

Au regard d'un tel objet de preuve, pour que cela n'aboutisse pas à inverser *de plano* la charge de la preuve, notamment pas lorsqu'une sanction y est attachée, ce qui contredirait la présomption d'innocence, cet objet de preuve ne peut être que celui d'une vraisemblance : l'entreprise doit, par un suivi qu'elle met elle-même en place, non pas prouver l'efficacité, voire l'efficacité, de son dispositif, mais prouver que vraisemblablement ce but est atteint. C'est l'objet des audits de compliance⁶⁷, qui constituent à la fois un outil de gestion et un outil de preuve.

63. Sur la préconstitution des preuves, v. ci-après.

64. V. ci-après.

65. V. ci-avant.

66. V. ci-avant.

67. Sur les « audits de compliance », v. A. Gutierrez-Crespin, « L'audit du dispositif de compliance, un outil clé pour en vérifier la robustesse », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de compliance*, *op. cit.*, p. 133-140.

B. PROUVER LES MEILLEURS EFFORTS DÉPLOYÉS POUR OBTENIR DES COMPORTEMENTS CONCRÉTISANT LES BUTS MONUMENTAUX

19. **L'obtention des comportements de compliance, une obligation de moyens.** S'il est concevable d'exprimer une telle gradation, l'on pourrait dire qu'il est encore plus impossible d'atteindre effectivement les buts monumentaux que de se conformer totalement à toutes les réglementations ! En effet, les entreprises ne peuvent pas extirper toute corruption, pas éliminer tout blanchiment, pas restaurer l'équilibrer climatique, pas remplacer la guerre par la paix, pas insérer probité et égalité comme principes pleins dans l'ensemble des sociétés humaines, non seulement celles où elles ont leur siège social mais encore toutes celles où agissent les personnes dont elles répondent. L'effet extraterritorial du droit de la compliance achève de rendre tout cela impossible et insupportable, dans tous les sens du terme. C'est aussi pour cela que des entreprises ont tant protesté contre l'adoption de la loi française dite « Vigilance », la présentant parfois comme insupportable⁶⁸.

Mais, indépendamment du fait que cela permet aux entreprises de se procurer, sur ordre du législateur, beaucoup d'informations sur d'autres entreprises⁶⁹, la confusion est en grande partie venue de la preuve. Autant l'on demande aux entreprises de mettre effectivement en place les structures de compliance, par exemple les plans de vigilance, autant l'on ne demande pas aux entreprises d'obtenir absolument des personnes dont elles répondent les comportements qui constituent le but même du dispositif : par exemple, l'arrêt de toute atteinte fautive à l'environnement ou la restauration d'un respect effectif des droits dans les pays où elles ont des intérêts dans la chaîne de valeurs ; il s'agit d'une obligation de moyens.

Les deux objets de preuves se cumulent et ne doivent pas se confondre. Si on les confond, en transformant tout en obligations de résultat portant sur les comportements et les résultats, le droit de la compliance deviendra insupportable pour les entreprises. Mais le Conseil constitutionnel a confirmé dans sa décision du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, que la loi dite « Vigilance », qui fait peser à ce titre une responsabilité certes personnelle sur les entreprises, la met en œuvre selon le droit commun de la responsabilité, la loi, qui renvoie au droit commun de la responsabilité, n'ayant pas visé une obligation de résultat,

68. Sur l'analyse plus mesurée, même prise dans une perspective économique, qu'il convient d'avoir de cette loi, et d'une façon plus générale d'un devoir de vigilance, v. M.-A. Frison-Roche, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 413-436.

69. *Ibid.*

l'obligation de moyens reste le principe de toute obligation. Si l'on confond obligations structurelles et obligations comportementales, si l'on n'a pas en tête ce qu'est le droit de la compliance, soit en transformant tout en obligations de moyens, ce qui rend la mise en place des structures de compliance presque facultatives (plans, suivis, formations), soit en transformant tout en obligations de résultat, ce qui rendrait le droit de la compliance insupportable, plus rien ne pouvant fonctionner. Il est donc essentiel d'avoir à l'esprit ces deux objets de preuve, les structures d'une part (objet d'obligations de résultat) et les comportements d'autre part (objets d'obligation de moyens), leur distinction et leur cumul.

20. L'objet de preuve : les efforts proportionnés de l'entreprise pour obtenir des comportements de compliance. L'obligation de moyens déclenche des obligations probatoires. Ainsi, l'entreprise, qui supporte la charge de preuve⁷⁰, doit montrer qu'elle a agi pour que les personnes dont elle répond se comportent activement afin que les buts monumentaux soient concrétisés. Par exemple, au regard de l'impératif de la lutte contre le blanchiment d'argent, il faut que les contrôles aient été faits par la banque sur les flux financiers du client dont le compte avait un fonctionnement anormal, voire que l'information soit transmise promptement à Tracfin. Il ne faut pas que le juge, ayant un regard rétrospectif, qui lui permet de savoir que tel ou tel client était un trafiquant de drogue, information que le banquier n'avait pas, analyse la situation comme si l'obligation de connaître son client, obligation de compliance bien connue, avait été une obligation de résultat : elle doit demeurer une obligation de moyens, le comportement adéquat relevant lui aussi d'une telle obligation.

Le principe adéquat est celui de la proportionnalité⁷¹. En effet, la compliance donne à l'entreprise à la fois des charges, des obligations et des pouvoirs, par exemple pour contrôler les autres. En opérant ces contrôles, elle diminue les droits des autres personnes, par exemple le droit au secret, à la vie privée ou à l'oubli sur les données à caractère personnel. Elle doit faire ses « meilleurs efforts », ce qui est un standard de comportement *in abstracto* au regard des règles professionnelles, mais aussi *in concreto* au regard des informations dont il s'agit. Les efforts que l'entreprise doit faire, pour collecter les informations, pour les analyser, pour les transmettre, pour les préserver, pour les transformer, doivent être proportionnés au regard du but monumental qui donne sens à toutes les obligations, droits et pouvoirs qui jalonnent le droit de la compliance.

70. V. ci-après.

71. V. à ce sujet la démonstration très éclairante de Lucien Rapp, faisant notamment du *Compliance Officer* le porteur du principe de proportionnalité dans la mise en place des mécanismes de compliance dans la stratégie des entreprises : L. Rapp, « Proportionnalité et normativité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 177-198.

Par nature, dès l'instant qu'il y a diligences par l'entreprise, il faut considérer que celles-ci présument un caractère proportionné au regard du but pour lequel l'entreprise agit. C'est celui qui conteste cette proportionnalité, par exemple le client qui allègue qu'en agissant ainsi l'on a porté atteinte à son droit au secret de ses données à caractère personnel, ce qui rendrait l'action disproportionnée par le haut, ou l'autorité ou le ministère public qui allègue qu'en agissant ainsi l'information était insuffisante ou tardive, ce qui rendrait l'action disproportionnée par le bas, d'en rapporter la preuve.

21. L'enjeu majeur de la distinction entre l'effectivité, l'efficacité et l'efficience des outils de compliance. Ainsi, l'affirmation générale selon laquelle le droit de la compliance fonctionne bien avec des « outils effectifs, efficaces et efficaces », c'est-à-dire d'abord mis en place, puis produisant les effets attendus et atteignant enfin les buts pour lesquels ils ont été pensés, se décompose en autant de règles probatoires. Concernant les obligations structurelles, celles-ci font l'objet d'obligations de résultat, mais il ne s'agit que de prouver l'effectivité de leur exécution, sauf aux autres parties à montrer que ces outils structurels n'ont jamais pu produire les comportements attendus. Concernant les obligations comportementales, celles-ci font l'objet d'une obligation de moyens, mais l'objet de preuve est celui d'une efficacité au regard des buts monumentaux qui donne sens à l'ensemble du droit de la compliance, les « meilleurs efforts » étant démontrés au regard du principe de proportionnalité. Quant à l'efficience de l'ensemble, l'action des entreprises étant indissociable de celle des États, de la population et de ce qui arrive sur l'ensemble de la planète, la preuve qui peut en être rapportée est davantage celle de la bonne volonté de l'entreprise, venant renforcer la preuve de l'efficacité, que de l'exécution d'une obligation, car les entreprises n'ont pas davantage l'obligation de sauver le monde qu'elles ne sont légitimes à le régir.

22. La sagesse probatoire : préconstituer la preuve de l'efficacité du dispositif complet de compliance, indépendamment des charges de preuve. Parce que le droit de la compliance est un droit *ex ante*, l'entreprise doit avoir la sagesse de tout préconstituer, le « réflexe probatoire » étant sans doute le plus important dans l'ensemble de la « culture de compliance » qu'il convient de diffuser. Au fur et à mesure, en empruntant à l'esprit britannique et américain cette idée qu'un jour un juge s'en mêlera, que plus ce jour sera lointain et plus la position de l'entreprise sera difficile, il faut que l'entreprise préconstitue ses preuves. Le plus largement possible, le plus précocement possible, par tous les moyens possibles.

Plus que d'user ses forces à faire passer le mistigri de la charge de preuve à d'autres, les entreprises doivent concentrer leur force, même dans un système probatoire demeurant régi par le principe de la preuve libre, à préconstituer les preuves de leur diligence de compliance, car c'est sur elles que repose le fardeau.

II. CEUX QUI SUPPORTENT LA CHARGE DE PREUVE EN DROIT DE LA COMPLIANCE : L'INTERFÉRENCE DU CARRÉ PROBATOIRE ET DES PRINCIPES DES AUTRES BRANCHES DU DROIT

23. **Le poids de la charge de preuve, modéré par les autres coins du « carré probatoire ».** Qu'on s'en réjouisse ou qu'on s'en plaigne, la charge de preuve repose sur les entreprises, qui sont en position de se structurer et d'agir pour concrétiser les buts monumentaux systémiques donnant sens et cohérence au droit de la compliance. L'outil de compliance peut constituer l'obligation, qui peut être expresse, de « se conformer » à des obligations⁷², mais parce que le droit de la preuve est un système⁷³, cette charge des preuves trouve ses contours dans l'objet de la preuve et dans les moyens de preuve. Ainsi, l'objet de la preuve n'est pas de démontrer qu'on se conforme en tous points à toute la réglementation applicable et qu'on parvient à la faire régner, mais de prouver que l'entreprise contribue effectivement à la réalisation des buts monumentaux systémiques pour lesquels le droit de la compliance existe. De la même façon, les moyens de preuve sont librement organisés par l'entreprise et non pas par les autorités publiques⁷⁴.

24. **Le poids de la charge de preuve, modéré par les principes des autres branches du droit.** Que le droit de la compliance, lui-même branche autonome du Droit, développe son propre système probatoire, oui, c'est l'objet même de cet article que d'en poser les prolégomènes. Que le système probatoire soit lui-même une branche du droit autonome, oui. Mais ni l'un ni l'autre ne sont autonomes de l'ordre juridique, qui exprime un État de droit, ce qui conduit par nature le système probatoire de la compliance à respecter les principes directeurs communs à toutes les branches de l'ordre juridique, comme le principe de loyauté et le principe de protection des personnes en danger. Il faut donc poser que le droit de la compliance fait certes peser par principe la charge de preuve sur l'entreprise (A), mais il faut penser l'interférence avec les autres principes de l'État de Droit, qui depuis toujours joue dans le système juridique et que la nouveauté et la vigueur de la compliance ne sauraient anéantir (B).

72. M.-A. Frison-Roche, « Compliance et conformité : rapport du tout et de la partie », à paraître.

73. V. ci-avant n° 1.

74. Comme la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption a eu l'occasion de le rappeler dans sa décision du 12 juillet 2019.

A. LE FARDEAU PESANT SUR L'ENTREPRISE DE PROUVER LA SATISFACTION DE L'OBLIGATION LÉGALE DE COMPLIANCE

25. **La position de l'entreprise « chargée » d'une obligation de compliance, indépendamment de sa place processuelle, en raison de ses « obligations de compliance ».** Il a été rappelé que dans le système probatoire, le demandeur à l'instance ne supporte en premier la charge de la preuve que par coïncidence avec le fait qu'il forme la première allégation en ouvrant le procès⁷⁵. En principe, c'est la partie qui forme une allégation qui supporte la charge de preuve. Mais le droit de la compliance interfère avec ce principe général, sauf à ce qu'il en vienne à devenir une règle de fond – ce qui est le cas dans la présomption d'innocence⁷⁶ –, parce qu'il engendre des obligations de compliance à la charge des entreprises.

Or, les obligations de compliance que la loi, ou le contrat, ou les engagements spontanés pris, ou les programmes de compliance ordonnés par des autorités publiques, ordinaires, administratives ou judiciaires, qu'elles soient structurelles ou comportementales, engendrent à la charge des entreprises et fixent sur celles-ci la charge de prouver qu'elles satisfont ces diverses obligations de compliance qui elles-mêmes concrétisent l'obligation générale de compliance qu'a l'entreprise⁷⁷. En cela, par leur existence même, les obligations de compliance fixent sur les entreprises la charge de preuve, même si elles sont défenderesses à l'instance et même si elles n'allèguent rien.

Mais il ne faut pas en rester là, car cela ne peut pour autant impliquer la charge pour l'entreprise de prouver qu'elle « se conforme » à toute la réglementation applicable (ce qui est de fait impossible), qu'elle n'en viole aucune (ce qui est de droit impossible⁷⁸), voire qu'elle ait la charge de prouver son innocence (ce qui est contraire à l'État de droit⁷⁹).

26. **La charge demeure sur l'autre de prouver l'existence d'une obligation de compliance qui bloque la charge de preuve sur l'entreprise.** Pour que s'opère cette fixation de la charge de preuve sur l'entreprise indépendamment de sa place procédurale, même si par exemple elle est défenderesse⁸⁰, encore faut-il que soit préalablement établie l'obligation de compliance que l'entreprise supporte, puisque c'est cela qui interfère dans le principe probatoire ordinaire. Or, il faut la distinguer suivant la source des obligations de compliance.

75. V. ci-avant n° 5.

76. V. ci-après.

77. Sur l'idée même d'« obligation de compliance », v. M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'obligation de compliance*, à paraître.

78. Sur l'interdiction d'obliger à prouver des faits négatifs, v. ci-avant.

79. V. ci-avant et ci-après.

80. Sur l'effet que peuvent par ailleurs produire des mécanismes issus d'autres branches du Droit, v. ci-après.

Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance

27. Le contour des obligations légales et réglementaires de compliance et la charge de preuve sur l'entreprise. Si l'obligation de compliance a pour origine une obligation légale ou réglementaire, celui qui en réclame l'exécution, le contractant par exemple, même si cette obligation légale est reprise dans une clause contractuelle, n'a pas à prouver l'existence de cette obligation de compliance, puisque *la Cour connaît le Droit*⁸¹. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le rappeler à propos de l'obligation pour l'entreprise de détecter la corruption dans les entreprises dont elle répond, obligation reprise dans un acte de droit souple, dont la Cour a estimé que la source demeurait légale, empreinte d'ordre public et justifiant un arrêt immédiat et brutal des relations commerciales avec le fournisseur⁸².

En outre, l'entreprise peut, avant de passer sur cet autre objet de preuve qu'est l'exécution même de son obligation de compliance, former une allégation qui est la contestation de cette obligation, dans son existence ou son exigibilité, dans la qualité ou la capacité de celui qui l'allègue à en demander l'exécution, etc. Certes, l'entreprise devra alors prouver ce qu'elle allègue, mais le débat probatoire demeurera alors sur le seul objet de l'obligation de compliance, dans son existence, et non pas déjà, sur son exécution, ce qui constitue le stade probatoire suivant.

28. Le contour des obligations contractuelles ou souples de compliance bloquant la charge de preuve sur l'entreprise. Plus on s'éloigne du droit dur – traités, Constitution, lois et règlements –, plus la charge de prouver l'obligation de compliance devient consistante pour l'autre partie qui demande contre l'entreprise l'exécution de son obligation de compliance.

Si l'origine n'est pas la loi et le règlement, il faudrait que celui qui requiert l'exécution de l'obligation de compliance apporte la preuve de l'existence de celle-ci, afin que l'entreprise ait à supporter le fardeau de prouver l'exécution de cette obligation. Par exemple, qu'il produise le contrat, démontre que l'entreprise est effectivement concernée par celui-ci, soit au titre du droit des contrats, soit au titre du droit des sociétés, soit au titre de la responsabilité, puisque si l'on prend le cas du devoir de vigilance, la loi française de 2017 pose que c'est dans le droit de la responsabilité extracontractuelle que les éléments doivent être appréciés (et donc prouvés), tandis qu'à lire ce qui va devenir la directive européenne c'est plutôt dans le droit des sociétés que l'obligation de vigilance doit être appréciée.

L'on en arrive d'ailleurs à cet oxymore qu'est l'obligation souple de compliance. En effet, c'est en termes de « devoir » que les textes, ou les documents internes, ou les simples prises de paroles s'expriment, et la preuve que cela entraîne pour l'entreprise, y compris si elle est elle-même l'auteur de cet

81. V. l'explicitation technique de cet adage ci-avant.

82. Paris, 5 mai 2021, *Carrefour*.

usage, une obligation, est à la charge de celui qui en demande l'exécution. Sauf à faire entrer dans le jeu probatoire l'obligation naturelle, cas technique bien particulier qui empêchera l'entreprise de demander restitution d'actions bienfaitrices opérées, ce qui est juridiquement soutenable, c'est bien à celui qui demande l'exécution de promesses de compliance de démontrer que celles-ci engendrent des obligations. Pour le moment, le flou dans les mots, dont on se sort en les cumulant, en affirmant que la compliance est à la fois l'addition du pénal, de l'obligation et de l'éthique, n'est supportable que jusqu'au jour où ne sera par exemple en cause que l'éthique et que quelqu'un en demandera pourtant l'exécution, l'obligation de compliance apparaissant alors comme objet de preuve autonome, la question de sa charge de preuve devenant première et essentielle.

29. L'intensité de la charge de preuve suivant l'obligation structurelle ou comportementale de compliance pesant sur l'entreprise. Enfin, les 4 sommets du carré probatoire jouant entre eux, la charge de preuve est affectée par les objets de preuve⁸³. Ainsi, les obligations structurelles de compliance⁸⁴ engendrent une lourde charge de preuve puisqu'elles constituent une obligation de résultat, alors que les obligations comportementales de compliance⁸⁵ engendrent une charge plus légère puisqu'elles ne constituent qu'une obligation de moyens.

30. La disponibilité de la charge de preuve par le contrat. Par ailleurs, les charges de preuve ne sont pas d'ordre public, sauf à faire interférer des règles de fond venant d'autres branches du Droit⁸⁶. Il peut donc y avoir une sorte de « gestion contractuelle de la charge de preuve⁸⁷ », l'article 1356, alinéa 1^{er} du Code civil exprimant un principe général selon lequel « les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition ». Il est acquis que la charge de la preuve peut être contractuellement réorganisée dès l'instant que l'ordre public n'est pas affecté. Ce dernier point ne signifie d'ailleurs pas qu'une réorganisation contractuelle soit exclue mais exige que, si un contrat réorganise une charge d'ordre public, il ne faut qu'aucune règle d'ordre public en soit affectée. Si l'on estime qu'en droit de la compliance, branche systémique de nature téléologique du Droit dont la normativité est située dans les buts monumentaux⁸⁸, lesquels sont le plus souvent de nature politique, l'ordre public est très présent, des contrats peuvent néanmoins réorganiser les charges de preuve, dès l'instant

83. Comme cela a été démontré plus longuement à propos de l'objet de preuve ci-avant.

84. Sur l'explication des obligations structurelles de compliance, v. les développements relatifs à l'objet de preuve.

85. Sur l'explication des obligations comportementales de compliance, v. les développements relatifs à l'objet de preuve ci-avant.

86. V. ci-après.

87. Dans ce sens, N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil, op. cit.*, p. 433.

88. M.-A. Frison-Roche, « Les buts monumentaux, cœur du droit de la compliance », préc.

que les buts demeurent les objets visés et que les moyens pour les atteindre demeurent déployés. C'est alors à d'autres qu'à l'entreprise de prouver qu'ils se sont détournés de ces buts par le mécanisme contractuel : par le contrat, la charge de preuve en aura été transférée. Des contrats spécifiquement probatoires devront être rédigés pour que la bascule de charge ne soit pas ambiguë et que le juge puisse en prendre acte.

31. Le transfert contractuel de la charge de preuve par l'élaboration d'un « contrat de compliance ». C'est ainsi que par contrat, une entreprise peut transférer à une autre le soin de prouver l'exécution des obligations de compliance, voire de l'« obligation de compliance », si l'on admet qu'il existe une telle obligation générale, dont les diverses obligations ponctuelles ne seraient que l'expression⁸⁹. Cela peut s'opérer, par accessoire, lorsqu'il y a établissement d'une sorte de « contrat spécial », avec un prestataire, l'objet du contrat étant de confier à celui-ci le soin de faire en sorte que l'entreprise soit en conformité avec une réglementation spécifique, par rapport à celle relative aux données à caractère personnel, l'obligation alors prise en charge par le cocontractant s'accompagnant pour celui-ci de l'obligation probatoire transférée par accessoire de prouver l'exécution de cette obligation. Le recours préconisé dans beaucoup de cas aux « tiers de confiance » va multiplier ce type de contrats. En effet, dans l'hypothèse où un tiers, qu'il soit partie prenante, autorité ou juge, demande des comptes à ce titre à l'entreprise, celle-ci aura pu renvoyer cette charge à son cocontractant en raison de ce double transfert, le transfert de la charge de preuve ayant dû être explicité dans une clause nette et claire.

32. Le transfert contractuel de la charge de preuve à l'occasion d'un contrat ayant un objet économique autre. La « clause de compliance ». Cela peut s'insérer aussi dans des relations contractuelles plus générales et non plus dans ce contrat spécial, que l'on qualifiera ici de « contrat de compliance⁹⁰ », mais dans un contrat ayant un objet principal, par exemple de fourniture ou de vente ou de sous-traitant, comprenant par ses stipulations un transfert possible d'obligations de compliance qui pèsent sur l'entreprise. Peut alors se poser la question de savoir si la « clause de compliance » constitue ou non un élément déterminant du contrat et des obligations de l'autre partie.

33. Les difficultés nées de la superposition entre source légale et source contractuelle de l'obligation de compliance sur la perspective de gestion contractuelle de la charge de preuve des obligations de compliance. Cette difficulté peut notamment apparaître pour le « devoir de vigilance » dans la formulation qu'en a la loi de 2017, car le législateur y a attaché une responsabilité personnelle, et même si l'entreprise, afin d'exécuter ce devoir, a recours

89. M.-A. Frison-Roche, « L'obligation de compliance », préc.

90. Sur l'existence d'une catégorie spécifique de « contrat de compliance », v. M.-A. Frison-Roche, « Contrat de compliance, clauses de compliance », D.2022, chron., p.2115-2117

à des prestataires qui à leur tour devront, au titre de leurs obligations contractuelles, éventuellement prouver l'exécution de leurs prestations, cela devrait être à l'égard de l'entreprise, qui à son tour s'en prévaudra à l'égard des parties prenantes, des autorités et des juges, sans pouvoir prétendre mettre une charge de preuve sur les seules épaules de leurs prestataires, laissés seuls face aux bénéficiaires du dispositif légal.

34. Sagesse face au fardeau de la preuve par la préconstitution des preuves, en supervision du principe de liberté de la preuve. Même si l'on se réfère à la distinction entre le régime de la preuve libre et le régime de la preuve légale, distinction dont l'importance est par ailleurs surestimée⁹¹, peu importe que la préconstitution des preuves ne soit pas requise, en raison de la charge de preuve qui pèse sur l'entreprise à cause de l'obligation de compliance qui la concerne, il est de fait requis qu'elle préconstitue les preuves de la satisfaction de son obligation. C'est pourquoi les moyens de preuve, librement élaborés⁹², doivent faire l'objet de tous les soins par l'entreprise.

35. *Continuum probatoire, continuum des outils de compliance. Exemple du « suivi ».* L'on oppose souvent l'*ex ante* de la préconstitution des preuves, par exemple l'établissement d'un écrit, et l'*ex post* de la preuve libre. Mais dans le droit de la compliance, les preuves par l'entreprise de la bonne exécution de son obligation de compliance, de résultat pour ses obligations structurelles et de moyens pour ses obligations comportementales⁹³, relèvent davantage d'un *continuum*. En effet, la notion de suivi est essentielle, et c'est de cette façon que l'entreprise peut préconstituer la preuve que des mécanismes ont été « effectivement » mis en place en *ex ante*, puis ont ultérieurement produit « efficacement » des effets, engendrant d'une façon « efficiente » les effets attendus sur le système⁹⁴. Pour cela, l'entreprise doit d'une façon permanente faire du suivi probatoire. Le mécanisme du « suivi », prévu notamment dans les programmes de compliance, adopté spontanément ou comme sanction, est un outil probatoire, qui constitue en tant que tel un outil de compliance⁹⁵.

B. LA DIALECTIQUE PROBATOIRE LORSQUE LE FAIT, OBJET DE PREUVE, PEUT DONNER LIEU À SANCTION

36. Le système probatoire de la compliance s'articule avec les autres principes du Droit, dans un même État de droit. Même si le droit de la compliance est une branche *ex ante* du Droit, ce qui justifie que non seulement

91. V. ci-avant.

92. V. ci-après.

93. V. ci-avant.

94. Sur la trilogie probatoire « effectivité – efficacité – efficience », v. ci-avant.

95. V. dans ce sens, M. Galland, « Le contrôle par le régulateur de l'effectivité des instruments de compliance mis en place par l'entreprise », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 195-208.

Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance

la « réglementation » mais encore le contrat, lui aussi instrument par nature *ex ante*, y soient essentiels, les sanctions font partie du système. En cela, lorsque la perspective de leur déclenchement apparaît ou lorsque leur modèle de sanction est emprunté, par exemple par l'entreprise elle-même⁹⁶, notamment à travers les enquêtes internes, voire à travers les sanctions disciplinaires qui peuvent s'ensuivre, d'autres principes s'imposent aussi. L'articulation de l'ensemble n'est pas aisée.

37. L'exigence de charge de preuve sur l'entreprise par la compliance et l'exigence de preuve sur l'autorité par le droit répressif : les deux blocages de charge de preuve, à front renversé. À première vue, l'opposition, déjà observée entre système probatoire général et système de compliance⁹⁷, se retrouve ici d'une façon exacerbée. En effet, le droit de la compliance étant un système d'information, il implique pour l'entreprise une « obligation de collaboration », qui est une manifestation de son obligation de compliance consistant à favoriser le rassemblement des informations nécessaires pour lutter efficacement contre le risque systémique dont les autorités ou le supérieur hiérarchique sont eux-mêmes en charge. Mais le droit de la répression, qui demeure gouverné par les principes directeurs du droit pénal, lequel s'exprime à travers le droit de la procédure pénale, implique le droit subjectif fondamental pour la personne qui a vocation à subir la violence légitime de la sanction, de ne pas collaborer, c'est-à-dire de ne pas subir cette charge de preuve.

Ainsi, ce sont deux règles de fond, l'une fondée sur l'information, l'autre sur l'innocence, qui s'affrontent, puisque le jeu de la « ronde » des charges de preuve⁹⁸ doit être bloqué.

38. L'équilibre heureux et fragile de la jurisprudence. Cependant, l'ordre juridique réajuste toujours les antinomies. Ainsi, comme cela est plus longuement décrit par ailleurs⁹⁹, la Cour de justice, dans son arrêt du 2 février 2021, *DB c/ Consob*¹⁰⁰, dissociant la charge de preuve du vraisemblable de la charge de preuve¹⁰¹, pose que l'autorité interne ou externe (autorité de supervision ou manager, par exemple) peut demander des comptes à l'entreprise ou son employé ou au tiers dont elle répond, car l'obligation générale de compliance engendre pour ceux-ci l'obligation de collaborer, ce qui inverse la charge de

96. V. dans l'ouvrage toute la première partie sur « L'entreprise instituée procureur et juge d'elle-même par le droit de la compliance ».

97. V. ci-avant.

98. Sur cette notion, v. ci-avant.

99. M.-A. Frison-Roche, « Ajuster par la nature des choses le droit processuel au droit de la compliance », *in* cet ouvrage.

100. CJUE, gr. ch., 2 févr. 2021, *DB c/ Consob*, aff. C481/19.

101. Sur cette notion, chère par ailleurs à Perelman, v. d'une façon plus générale, L. Grozdanovski, « Le probable, le plausible et le vrai. Contribution à la théorie générale de la présomption en droit », art. préc.

preuve, mais l'objet de preuve qui pèse alors sur l'entreprise, ou le collaborateur ou la partie tiers est transformé par le principe du droit répressif : il n'a pas la charge de prouver son innocence, ce qui serait inadmissible, ni même de collaborer pleinement. Il doit démontrer la perspective d'une sanction, vraisemblance qui déclenche à son profit les droits de la défense, notion distincte du principe du contradictoire, qui engendre à son profit notamment le droit fondamental de se taire, produisant en *ex ante* le droit subjectif de ne pas collaborer.

III. LES MOYENS DE PREUVE PERTINENTS EN DROIT DE LA COMPLIANCE

39. **Les éléments de preuve correspondant aux obligations structurelles de compliance.** Parce que la loi impose des structures préalablement établies, comme les plans, les cartographies, les formations, etc., il est essentiel d'en garder trace puisque l'entreprise doit donner à voir en permanence que cela est non seulement établi mais encore que l'entreprise contrôle que cela est établi. Ainsi, les mécanismes d'audit sur ces « structures de compliance » sont à la fois un mode de gestion et un mode de preuve à l'égard de tous. Il est remarquable à ce titre que le droit américain exige, mais limite souvent la compliance, notamment en matière environnementale et climatique, davantage à de l'information sur ce que fait l'entreprise, qu'à une obligation d'action en matière environnementale et climatique. C'est notamment la position de la SEC. **Or, concevoir le droit de la compliance autour de l'obligation d'information, c'est faire du droit de la compliance avant tout un mécanisme probatoire**¹⁰². Ce n'est pas pour autant un objet de preuve léger, car « informer » est une obligation de plus en plus lourde, le *continuum* entre droit de la régulation et droit de la compliance montrant ainsi toute sa force, car le Droit peut avoir une conception plus ou moins contraignante de l'obligation d'« informer autrui ».

40. **Les moyens requis pour prouver une information effective, efficace, efficiente.** En effet, le Droit est passé du droit de l'information à l'obligation d'informer, puis à l'obligation de faire comprendre, au droit à l'intelligibilité. En effet, les outils structurels de la compliance doivent permettre à toutes les personnes concernées de prendre la mesure des risques et des buts poursuivis par les outils de compliance mis en place, ne serait-ce que pour y participer. Cette *intelligibilité*, qui est au cœur du droit des données, est à organiser structurellement en *ex ante*, notamment par l'intelligibilité des algorithmes, qui dépasse leur transparence, et qui appartient pleinement au droit de la compliance. La

102. Le droit européen est à ce titre beaucoup plus ambitieux. V., S. Pottier, « Pour une compliance européenne, vecteur d'affirmation économique et politique », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 475-482.

charge de prouver l'intelligibilité des mécanismes algorithmiques, qui permet notamment de s'assurer que les procédés de « consentement » mécanique correspondent à l'expression d'une « volonté », est à la charge des entreprises, supervisées en cela par les autorités publiques, par exemple l'Arcom s'il s'agit de plateforme.

41. De l'information à la formation. La formation comme preuve de l'exécution de l'obligation de compliance. Il en résulte pour l'entreprise, même s'il n'existe pas d'obligations spécifiques de formation, ce qui est rare désormais¹⁰³, que la formation donne à voir l'information dans sa forme d'intelligibilité de la norme que l'entreprise prend elle-même à sa charge, en interne et en externe. Ce faisant, l'entreprise prouve qu'elle fait ses meilleurs efforts pour faire comprendre les impératifs de compliance, en diffusant la « culture de compliance » que recherchent les autorités publiques.

42. L'obligation de prouver engendre-t-elle une obligation de construire des moyens de preuve *ad hoc* ? Une question ouverte est de savoir si, pour prouver que l'entreprise fait ses « meilleurs efforts¹⁰⁴ », celle-ci devrait inviter au besoin les technologies requises. La question se pose pour le contrôle par les entreprises numériques lorsque le législateur les oblige à contrôler « effectivement » l'âge des internautes qui accèdent aux prestations disponibles sur leurs sites, notamment lorsque ces prestations sont de nature pornographique, cette obligation de compliance devant donc être exécutée par leurs soins, sa bonne exécution étant contrôlée par l'autorité de supervision, qui peut exiger la mise en place de technologie pour ce faire¹⁰⁵, son inexécution étant sanctionnée par le juge judiciaire¹⁰⁶.

43. Les éléments de preuve relatifs aux comportements obtenus dans la perspective des buts monumentaux de la compliance. Mais, même si les obligations structurelles sont l'objet d'obligations de résultat, tandis que les obligations comportementales ne sont l'objet que d'obligations de moyens, c'est pourtant les obligations comportementales qui sont les plus importantes, puisque ce sont les comportements qu'il s'agit d'obtenir : c'est par une « culture de compliance » que des actions systématiquement néfastes s'arrêtent et des actions systématiquement bénéfiques se répandent. **Dès lors, ces éléments de preuve, à savoir les résultats obtenus grâce aux outils mis en place, sont déterminants pour donner aux autres, notamment aux**

103. Sur l'obligation de formation, v. M.-A. Frison-Roche, « La formation : contenu et contenant du droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, op. cit., p. 227-244.

104. Ce qui correspond à la formulation d'une obligation de moyens, v. ci-avant.

105. Sur l'effectivité de cette obligation de compliance, M.-A. Frison-Roche, « L'effectivité de la compliance illustrée par l'affaire *Youporn* », *Actu-juridique*, 21 juin 2022.

106. M.-A. Frison-Roche, « *Youporn*. La question est : comment appliquer les textes ? Pour arriver à quelque chose plutôt qu'à rien », *Actu-juridique*, 30 sept. 2022.

collaborateurs, aux superviseurs, aux régulateurs, aux parties prenantes et aux juges, la preuve que la culture de compliance est portée par l'entreprise pour obtenir les comportements systématiquement avérés.

Dans cet esprit, il faut que l'entreprise préconstitue toutes les preuves qu'elle peut rassembler, indépendamment même de toute perspective de contentieux.

IV. LA PRÉCONSTITUTION DES PREUVES, REFLET DE LA NATURE *EX ANTE* DU DROIT DE LA COMPLIANCE

44. **La préconstitution des preuves, afin que celles-ci ne servent jamais.** Comme pour le droit de la régulation, le droit de la compliance idéal est celui qui bâtit un système qui ne trouve jamais à s'appliquer : par exemple, une compliance bancaire si bien faite et assurant si bien la solidité des opérateurs bancaires systémiques qu'aucun ne tombe en difficulté, qu'aucune résolution ne devra être organisée et que le système bancaire ne sera jamais menacé. Le triomphe du droit de la compliance est dans l'absence d'*ex post*. Il suppose que jamais il ne soit besoin pour l'entreprise de devoir rendre des comptes devant un juge des diligences accomplies, car personne n'aura eu l'occasion d'alléguer sa responsabilité puisqu'aucun dommage ne sera intervenu. Ainsi, il faut préconstituer des preuves, en *ex ante*, même si dans l'idéal l'*ex post* des sanctions ne doit jamais advenir.

En effet, les preuves d'exécution par l'entreprise de son obligation de compliance doivent être fiables et disponibles à tous, à tel point que le système lui-même en est si renforcé que les risques qui l'affectent ne se réalisent pas : **la préconstitution des preuves est donc le reflet de la nature *ex ante* du droit de la compliance et constitue, par la confiance qu'elle engendre et la reddition des comptes permanente qu'elle constitue, un élément clé du droit de la compliance lui-même.**

C'est pourquoi il faut que l'entreprise préconstitue et l'effectivité, et l'efficacité, et l'efficience des outils de compliance.

45. **La préconstitution de l'effectivité des outils de compliance.** Toutes les preuves doivent donc être préconstituées pour établir l'effectivité des outils de la façon la plus crédible possible, le juge n'étant que l'un des destinataires de ces preuves, car l'opinion publique en est parfois le premier des destinataires lorsque l'effet, positif ou négatif, de réputation est en jeu.

La préconstitution de l'effectivité est la plus simple : il faut mais il suffit de conserver par archivage la preuve que les actes requis ont été faits, d'en conserver la teneur, la date, les personnes, etc. Au besoin, d'en faire tenir le

registre par un tiers. Si un contrat de compliance intervient¹⁰⁷, cette préconstitution doit être requise : il doit être précisé que ces éléments de preuve doivent être fournis, étant soit portables soit quérables au bénéfice de l'entreprise, éventuellement au bénéfice de tiers, dûment listés par l'entreprise, dans une liste plutôt fermée qu'ouverte. Si des informations sont contenues, des autorisations préalables peuvent être contractuellement requises. Ces clauses doivent être rédigées avec grand soin.

46. La préconstitution de l'efficacité des outils de compliance. La préconstitution de l'efficacité des outils de compliance est plus délicate. Il s'agit de montrer que l'usage des outils a atteint son but. Il peut s'agir de conserver la preuve que la cartographie avait été « utilement » élaborée, que la formation avait été « assimilée » par ses destinataires, voire que ceux-ci avaient fait un usage adéquat des connaissances assimilées. Cela peut être des preuves préconstituées précieuses pour montrer la bonne volonté de l'entreprise, car si la bonne foi est présumée, la bonne volonté ne l'est pas, et c'est une façon d'établir cette dernière.

47. La préconstitution de la volonté de l'entreprise d'accomplir son obligation de compliance par le souci de « progresser » dans le maniement des outils de compliance. Les preuves sont des éléments qui ne sont pas isolés les uns des autres. C'est d'ailleurs souvent en les rapprochant que la preuve contre l'entreprise se dégage, la notion de « faisceau d'indices » devenant de plus en plus un « standard de preuve » en droit économique¹⁰⁸. Mais cela fonctionne également au bénéfice de l'entreprise. Les autorités publiques soulignent que l'accumulation des dépenses de compliance ne suffit pas à établir l'exécution de compliance, soupçonnant qu'il peut ne s'agir que d'acheter l'impunité d'une infraction que le droit de la compliance veut détecter ou prévenir, comme la corruption, le harcèlement ou la pollution ; à l'inverse, l'entreprise qui peut prouver qu'elle a pris appui sur un échec ou un demi-succès dans le maniement d'un outil de compliance pour le remplacer par un autre qui pallie les défauts du premier, par exemple une nouvelle méthode d'évaluation des risques, une formation complémentaire ou une détermination plus adaptée des personnes destinataires des programmes, aura prouvé qu'elle intègre efficacement les « leçons » de la compliance.

48. La preuve de l'efficacité des outils structurels et comportementaux de compliance structurelle. L'efficacité porte sur l'effet produit sur le système même. Par exemple, un plus grand respect des minorités dans les sociétés à travers les obligations de quotas dans les organes de directions ou à travers les outils de la compliance qui pénètrent le droit du travail. Les entreprises n'ont pas l'obligation juridique de l'efficacité de la compliance sur les

107. Sur la notion de « contrat de compliance », v. ci-avant.

108. V. à ce sujet J.-Ch. Roda, « Le standard de preuve : réflexion à partir du droit de la concurrence », art. préc.

systèmes économiques et sociaux, surtout à l'échelle mondiale. Mais si elles le mesurent, modifient leur action pour obtenir une meilleure efficacité et peuvent apporter des éléments de preuve dans ce sens, elles accroissent la démonstration de leur « bonne volonté ».

49. La preuve de l'efficacité de l'action des entreprises cruciales engagées : un moyen et un objet de preuve sans charge de preuve sous-jacente. Bien que l'entreprise n'ait donc pas la charge de prouver qu'elle a amélioré la société globale et l'humanité, car n'ayant pas cette charge, elle ne peut pas non plus prétendre gouverner la société¹⁰⁹, elle gagne néanmoins à apporter la preuve du bienfait qu'elle apporte en utilisant les techniques de compliance¹¹⁰.

50. Conclusion. Construire le carré probatoire propre au droit de la compliance. C'est pour construire un tel carré probatoire propre au droit de la compliance que cette étude, posant les prolégomènes du système probatoire de la compliance, a été écrite, afin que la pratique juridictionnelle, contractuelle et de droit souple trouve des points communs dans les définitions, les principes et les raisonnements, sans jamais sacrifier l'État de droit.

109. Sur le rapport entre l'entreprise et le politique à travers le droit de la compliance, v. M.-A. Frison-Roche, « Les buts monumentaux, cœur du droit de la compliance », préc. et « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », préc.

110. V. comme exemples concrets, C. Peicuti et J. Beyssade, « La féminisation des postes à responsabilité dans les entreprises comme but de la compliance. Exemple du secteur bancaire », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, op. cit., p. 109-124.