

# LE JUGEANT-JUGÉ : ARTICULER LES MOTS ET LES CHOSES FACE À L'ÉPROUVANT CONFLIT D'INTÉRÊTS

Marie-Anne Frison-Roche

Journal of Regulation  
& Compliance

**LE JUGEANT-JUGÉ : ARTICULER LES  
MOTS ET LES CHOSES FACE À  
L'ÉPROUVANT CONFLIT D'INTÉRÊTS**

**ÉPROUVANT, mais PAS INSOLUBLE**

## Intervention

- **Reposant sur un document de travail précédemment développé**
- **Servant de base à un article dans un ouvrage à paraître**



✉ Abonnez-vous à une des newsletters

GRANDES ET PETITES QUESTIONS DU DROIT

COMPLIANCE : SUR LE VIF

AVENTURES DE L'OGRE COMPLIANCE

NEWSLETTER MAFR - LAW, COMPLIANCE, REGULATION

NEWS

MAFR TV <

PRÉSENTATION

CV SYNTHÉTIQUE

CV COMPLET

CVS THÉMATIQUES <

CV ANTÉCHRONOLOGIQUES <

PUBLICATIONS

RESPONSABILITÉS ÉDITORIALES <

ORGANISATION DE MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES

ACCUEIL » PUBLICATIONS



22 JUIN 2021

PUBLICATIONS



# LE JUGEANT-JUGÉ : ARTICULER LES MOTS ET LES CHOSES FACE À L'ÉPROUVANT CONFLIT D'INTÉRÊTS, IN "L'ENTREPRISE INSTITUÉE PROCUREUR ET JUGE D'ELLE-MÊME PAR LE DROIT DE LA COMPLIANCE"

© mafr

par Marie-Anne Frison-Roche

to read this working paper in English, click on the British flag



► Référence Complète : Frison-Roche, M.-A., *Comment faire fonctionner l'entreprise nommée Procureur et Juge par le Droit de la Compliance : Le jugeant-jugé ; le pourchassant-pourchassé ; le scrutateur - scruté*, document de travail, 22 juin 2022.

Ce document de travail a été élaboré pour préparer une conférence dans le colloque *L'entreprise instituée Procureur et Juge d'elle-même par le Droit de la*

En version française

En version anglaise



- ▶ Difficultés à anticiper le futur si on oublie la base et qu'on est dans la pure casuistique, soit celle du *Case Law* (Régulateurs et Juridictions), soit celle des « réglementations »
- ▶ Nécessité pratique de « principes » dans lesquels insérer les pratiques futures
- ▶ Les juridictions sont à la recherche de principes, et ce sont les « Cours suprêmes » qui sont en train de les imposer (Cours constitutionnelles, CJUE). Elles auront le dernier mot. Mais elles peuvent se disputer entre elles... (CJUE / Trib. Const. Allemand)

**Nécessité pratique d'énoncer des principes** à travers lesquels l'entreprise « juge et procureur d'elle-même » **doit** être « insérée » et **peut** s'insérer

- Nécessité pour **anticiper** demain (les principes sont des « guides »)
- Nécessité si l'on accorde de l'importance à **l'État de Droit** (**Pour** un Droit de la Compliance à *l'Européenne* et non pas à *la chinoise*)

## deux Enjeux

1<sup>ier</sup>  de l'extérieur:

**lutter contre une tentation de certaines entreprises, qui exercent « discrètement » l'activité de juger, afin de ne garder que le pouvoir de juger et poursuivre, sans être liées par les contraintes procédurales**

2<sup>ième</sup>  de l'intérieur :

**permettre aux entreprises, contraintes de se poursuivre et juger soi-même, de concevoir d'être « jugeant-jugé »**



## TROIS TEMPS

- I. Penser** à travers des principes simples la pratique de l'entreprises instituée juge et procureur d'elle-même par le Droit de la Compliance
- II. Démasquer** les entreprises affirmant n'être pas juges et procureurs d'elles-mêmes afin de n'être pas contraintes par la procédure et l'État de Droit
- III. Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur Impartialité

**I. Penser** à travers des principes simples la pratique de l'entreprises instituée juge et procureur d'elle-même par le Droit de la Compliance

**II. Démasquer** les entreprises affirmant n'être pas juges et procureurs d'elles-mêmes afin de n'être pas contraintes par la procédure et l'État de Droit (**renvoi à l'écrit**)

**III. Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur Impartialité

**I. Penser** à travers des principes simples la pratique de l'entreprise instituée juge et procureur d'elle-même par le Droit de la Compliance

**A. Le principe de l'État de Droit : le Droit, Maître des mots**

- c'est le Droit qui dispose des mots, pas les sujets de droit
- Pouvoir du juge de requalification (le contrat ne fait pas la loi)
- *In fine*, le juge est le maître (art. 12 CPC)

**I. Penser** à travers des principes simples la pratique de l'entreprises instituée juge et procureur d'elle-même par le Droit de la Compliance

## **B. Le « jeu de principes » de la relation entre l'activité de juger et la procédure**

1. Dans un **État de Droit**, la procédure est instrument du **bien-jugé** et **protection** des personnes jugées
2. Dans un **État de Droit**, en cas d'opposition entre les deux fonctions, la **protection** de la personne impliquée l'emporte
3. Dans un **État de Droit**, la procédure fait "naturellement » **bloc**» avec l'« activité de juger »
4. Dans un **État de Droit**, si celui qui juge n'est pas « **Impartial** », rien ne vaut

- I. **Penser** à travers des principes simples la pratique de l'entreprises instituée juge et procureur d'elle-même par le Droit de la Compliance

## C. Le « principe » de la personnalité morale

1. Dans le système juridique, la personne morale est distincte de la personne juridique qui la représente
2. Tant que la personne morale tient, il n'y a pas de difficulté
3. Mais le Droit de la Compliance remet en cause très fortement la personnalité morale
4. Donc, **difficulté majeure** en pratique car problème de « conception » d'un Droit de la Compliance qui repose sur une « dualité » entre personne morale et personne poursuivie, alors que ce **même Droit** remet en cause le principe de la personnalité morale

»»» Les exigences actuelles posent donc des **difficultés pratiques** parce qu'elles posent un **problème de principe**

»»» **Résultats actuels de cette difficulté conceptuelle**

Flot de plaintes (au sens français)

Flot de mensonges

Flot de solutions au cas par cas (par des réglementations casuistiques), pour ne pas affronter la destruction des principes

Car on « était attaché à l'État de Droit » (soupirs)

Car on ne sait pas comment faire sans la personnalité morale  
(désarroi)

**II. Démasquer** les entreprises affirmant n'être pas juges et procureurs d'elles-mêmes pour n'être pas contraintes par la procédure et l'État de Droit : **remettre les mots sur les choses**

**III. Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur Impartialité

**II. Démasquer** les entreprises affirmant n'être pas juges et procureurs d'elles-mêmes afin de n'être pas contraintes par la procédure et l'État de Droit : **remettre les mots sur les choses**

**Renvoi à l'écrit et aux autres interventions**

**III. Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur **Impartialité**



**III. Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur Impartialité

**A. Rechercher** et **utiliser** toutes les **distances** existant entre la personne morale et celui qui l'engage

**B. Restaurer** le principe d'**impartialité** par une conception procédurale mettant à distance les **intérêts opposés**

III. **Permettre** aux entreprises, se frappant elles-mêmes, de concevoir leur Impartialité

Préalable : **Renoncer** à l'héroïsme éthique ....

- Pour le Droit de la Compliance, la personne morale est « transparente »
- Définition même de la situation de conflit structurel d'intérêts (ce que combat le Droit de la Compliance)
- Comment exiger un héroïsme moral d'une personne légale? (la RSE est une théorie financière)

Préalable : Renoncer à l'héroïsme éthique ....

- La personne morale et la personne dont elle répond **sont en positions opposées** : la personne morale a l'obligation juridiquement sanctionnée de prévenir et de détecter un comportement illégal que la personne dont elle répond a eu, a ou va avoir / voire que celle-ci imputera à la personne morale si elle est son mandataire
- Il est de l'**intérêt** de la personne morale de poursuivre la personne qui va lui imputer un comportement qui lui est légalement préjudiciable :
  - **Jurisprudence** : il n'est jamais de l'intérêt social de la personne morale de commettre une infraction, même économiquement profitable
  - **Economie** : Benzoni, L. et Deffains, B., *Compliance subie, Compliance choisie*, 2021

**A. Rechercher** et utiliser toutes les **distances** existant entre la personne morale et celui qui l'engage

1. Parmi les personnes dont la personne morale répond, **construire la distinction juridique** entre les personnes qui la représentent et celles qui ne la représentent pas

A. **Rechercher** et utiliser toutes les **distances** existant entre la personne morale et celui qui l'engage

2. Les situations de distance praticable entre la personne morale et toute personne qui ne la représente pas, pour accueillir l'Impartialité

**A. Rechercher** et utiliser toutes les **distances** existant entre la personne morale et celui qui l'engage

3. La difficulté nouvelle engendrée par l'élimination par le Droit de la Compliance de la notion de « personnalité morale » au profit de la notion de « lien »

- Loi sur le devoir de vigilance : celui à qui l'on « donne un ordre »
- Celui qui est en dépendance

A. **Rechercher** et utiliser toutes les **distances** existant entre la personne morale et celui qui l'engage

4. L'impasse de la conception organique du système juridique, encore exprimée par le Droit des contrats, le Droit pénal, le Droit des sociétés

- La personne morale ne peut poursuivre et punir la personne qui exprime sa volonté
- La conception organique est une impasse

## SOLUTION ?

**ABANDONNER** LA PERSPECTIVE **ORGANIQUE**

**ADOPTER** UNE PERSPECTIVE **PROCÉDURALE**



**B. Restaurer** le principe d'**impartialité** par une conception procédurale mettant à distance les **intérêts opposés**

### 1. La perspective des « machines justes et impartiales »

- Rêve de l' « éducation éthique de l'algorithme » : *deep learning* et « éthique normative » : déontologisme = « éthique de la « conformité »
- système « expert » inférant ce qui est permis et interdit
- Les *red flags*

**B. Restaurer** le principe d'**impartialité** par une conception procédurale mettant à distance les intérêts opposés

## 2. Prendre modèle sur les Autorités de Régulation : instaurer des entités fonctionnellement autonomes

- Le Droit de la Compliance est le prolongement du Droit de la Régulation
- Les Autorités de la Régulation sont des « tribunaux » puisqu'ils en ont l'activité (« matières pénale et civile »)
- Construire des structures fonctionnement indépendantes pour donner à voir leur impartialité objective

**B. Restaurer** le principe d'**impartialité** par une conception procédurale mettant à distance les intérêts opposés

### 3. Les tiers humains

- Les auditeurs
- Les avocats
- Les directeurs juridiques
- Les Compliance Officers

## CONCLUSION

Par cette **Impartialité**, distance **procéduralement obtenue**, surmontant les apories organiques d'un Droit des sociétés structurellement dénié par le Droit de la Compliance, ce même Droit de la Compliance peut développer sa puissance en s'appuyant sur des opérateurs cruciaux qui sont en position d'atteindre les objectifs politiques qui légitiment cette nouvelle branche du Droit ; les infrastructures de données (Europe souveraine) ou la lutte efficace contre des discours de haine, c'est-à-dire les « **Buts Monumentaux** »