Compliance et souveraineté : relations ambiguës

RÉGIS BISMUTH
Professeur à l'École de Droit de Sciences Po

Introduction

La compliance n'est-elle pas en train bousculer ou de redéfinir les contours de la notion souveraineté telle qu'entendue en droit international public, voire de la transformer ? La question peut paraître incongrue tant l'univers de la compliance s'est longtemps tenu à distance de celui du droit international, non pas que le premier s'inscrive dans des logiques transnationales qui intéressent le second, mais davantage parce que chacun évolue dans une relative indifférence réciproque, avec ses propres instruments, méthodes et manières de penser le monde. Un examen plus attentif révèle toutefois que confronter ces deux univers est utile afin de mettre en lumière toute une série de relations et d'interactions plus ou moins ambiguës entre souveraineté et compliance.

Le point de départ de l'analyse pourrait être celui du constat de la dissonance. À première vue, la notion de souveraineté se conjugue en effet difficilement avec celle de compliance. La souveraineté s'inscrit classiquement dans une logique de répartition essentiellement territoriale des compétences, alors que la compliance s'est développée et diffusée en pratique dans les entreprises selon des instruments et méthodes qui se jouent largement des frontières et qui ne s'interrogent pas nécessairement sur leur compatibilité avec le droit international. Si « le droit de la compliance peut être la nouvelle façon de régner sur le monde »[1], cette nouvelle forme d'*imperium* semble se déployer sans se préoccuper des cadres définis par le droit international. À cet égard, il ne sera donc pas surprenant de constater que plusieurs points de tension existent et que la logique de compliance apparaît à certains points de vue ne pas pleinement s'inscrire dans la matrice des règles et principes relatifs aux

1. M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Paris, JoRC et Dalloz, 2017, p. 12.

compétences souveraines des États en droit international. Des frictions, voire des incompatibilités, peuvent donc se manifester, mais elles ne s'expriment pas nécessairement et pleinement dans le cadre du droit international, comme si celui-ci n'était pas doté de radars suffisamment aboutis pour les détecter de manière structurelle.

Cette apparente dissonance, mise en sourdine toutefois dans une large mesure, doit également s'apprécier à l'aune des objectifs de la compliance, de ses « buts monumentaux » transversaux qui vont au-delà de la bonne régulation d'un secteur donné[2].

La plupart de ces « buts monumentaux » reflètent des impératifs définis dans un cadre multilatéral (lutte contre la corruption, contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme), ce qui implique en la matière une convergence, du moins en surface, entre les objectifs de la compliance et ceux des règles définies conjointement par les États dans le respect de leurs compétences souveraines. Cette convergence d'objectifs ne signifie pas pour autant continuité parfaite et harmonie naturelle entre compliance et souveraineté puisque, si la première peut apparaître comme une déclinaison de ce qui a été défini dans le cadre de la seconde, le droit de la compliance intègre et administre ces règles multilatérales aussi selon sa propre logique[3].

La situation est plus complexe lorsqu'il existe des « buts monumentaux » reconnus collectivement comme légitimes par les États, mais qui ne se traduisent pas nécessairement dans chaque ordre juridique national (ou régional dans le cadre de l'Union européenne) par des règles similaires avec des champs d'application coordonnés. C'est le cas par exemple du respect du droit international des droits de l'homme et du devoir de vigilance dans les *global value chains*, de la protection des données personnelles ou de l'échange d'informations à des fins fiscales. On comprend aisément que, dans de telles situations, les risques de tensions entre compliance et souveraineté se trouvent amplifiés.

La situation peut s'avérer encore plus tendue lorsque les « buts monumentaux » procèdent d'une logique strictement unilatérale. Le cas des sanctions économiques est sur ce point instructif. Les États peuvent adopter, sous les auspices des Nations unies, des sanctions économiques multilatérales qui auront vocation à être mises en œuvre par les opérateurs économiques. Mais d'autres États ont également développé une pratique de sanctions économiques unilatérales – d'ailleurs pour poursuivre des objectifs globaux (protection des droits de l'homme, des principes démocratiques, etc.). Certaines de

2. M.-A. Frison-Roche, « Approche juridique des outils de la compliance », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, JoRC et Dalloz, 2021, p. 31.

3. Pour le domaine du droit de l'anticorruption, nous pourrons trouver quelques illustrations dans R. Bismuth, J. Dunin-Wasowicz et P. N. Nichols (dir.), *The Transnationalization of Anti-Corruption Law*, Transnational Law and Governance, Abingdon/New York, Routledge, 2021.

ces sanctions, en particulier pour ce qui concerne les sanctions américaines, ont un champ d'application à portée extraterritoriale qui peut placer les opérateurs économiques dans une situation délicate et des conflits d'obligations, en particulier lorsque le droit de l'UE interdit à ses opérateurs économiques *via* son règlement de blocage de se conformer à certaines sanctions extraterritoriales américaines. La stratégie américaine en la matière peut également s'avérer plus sournoise, dans la mesure où elle s'est employée dans certaines situations (par exemple dans le cadre des sanctions contre l'Iran) à hybrider les règles unilatérales relatives aux sanctions avec celles relatives à la lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux, qui reposent sur des logiques multilatérales[4].

Le droit de la compliance cherche ainsi à assurer l'effectivité d'une palette très nuancée d'objectifs, allant de « buts monumentaux » authentiquement multilatéraux à d'autres objectifs strictement unilatéraux – si bien que l'on hésite dans ce dernier cas à employer l'expression « buts monumentaux ». Mais le droit de la compliance se développe par des instruments et méthodes (cartographie des risques, codes de conduite, enquêtes internes, justice négociée, etc.) que l'on pourrait qualifier de « neutres », dans le sens où ils peuvent être déployés indistinctement pour des objectifs multilatéraux ou unilatéraux. Une fois que le logiciel de compliance interne à l'entreprise engloutit les différents objectifs qu'on lui assigne, cette dimension multilatérale ou unilatérale s'estompe pour laisser place à certains arbitrages que l'entreprise opère selon toute une série de paramètres (secteur d'activité, exposition au marché américain, etc.). Il en résulte que non seulement les tensions précédemment évoquées entre compliance et souveraineté peuvent s'en trouver amplifiées, mais aussi que la logique de compliance tend à accoutumer l'entreprise à effectuer une synthèse des obligations parfois contradictoires auxquelles elle doit faire face dans un contexte transnational (se conformer aux sanctions économiques ou à un règlement de blocage, transférer des données à une autorité étrangère ou se conformer aux exigences de la protection des données personnelles, etc.). D'un droit de la compliance qui peut être un utile relais de la souveraineté, s'opère donc un glissement silencieux vers un droit de la compliance qui est générateur de ses propres règles.

À cette aune, les relations ambiguës entre compliance et souveraineté nous apparaissent reposer sur trois logiques, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives les unes des autres : extension, confrontation et transformation. La compliance peut tout d'abord être appréhendée comme un outil permettant aux États de repousser les limites de ce qui est classiquement entendu comme leur souveraineté territoriale. Il s'agit de la logique d'extension (I). L'outil de la

4. Sur la stratégie qui a été développée par le Trésor américain dans ce cadre, v. not. J. C. Zarate, *Treasury's War – The Unleashing of a New Era of Financial Warfare*, New York, Public Affairs, 2013.

compliance peut néanmoins conduire à des frictions, voire conflits, avec la souveraineté lorsque les normes résultant des processus de compliance ne sont pas en adéquation avec celles imposées souverainement par les États. Cela se vérifie en particulier lorsque les « buts monumentaux » de la compliance ne sont pas définis de manière multilatérale. Il s'agit de la logique de confrontation (II). Enfin, en diffusant dans les entreprises des instruments et méthodes qui ne sont pas sans rappeler des fonctions souveraines, la compliance peut aussi laisser entrevoir un mouvement tendant à faciliter l'émergence d'une souveraineté de l'entreprise au-delà de celle des États. Il s'agit de la logique de transformation, que nous évoquerons en guise de conclusion (III).

I. EXTENSION : REPOUSSER LES LIMITES DE LA SOUVERAINETÉ PAR LA COMPLIANCE

L'action de l'État est contrainte par les règles de droit international, en particulier celles relatives à l'exercice de ses compétences normative, juridictionnelle ou exécutive[5]. Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des règles de droit international applicable en la matière, car elles n'ont pas toutes une pertinence particulière pour les questions de compliance. L'on se bornera simplement à indiquer que, hors cas de « compétence universelle » (par exemple pour crimes internationaux) ou de « compétence réelle » lorsque sont en jeu les intérêts fondamentaux de l'État (par exemple en cas de faux monnayage), l'État ne peut, en principe, étendre l'application de sa réglementation (compétence normative) ou la compétence de ses juridictions (compétence juridictionnelle) à des situations se déroulant à l'étranger et n'impliquant pas ses ressortissants, personnes physiques ou morales. L'État ne peut également, en principe, étendre sa compétence exécutive au-delà de son territoire, même pour des situations intéressant ses ressortissants. Il s'agit, de manière sans doute rudimentaire, du cadre fondamental à partir duquel le discours sur l'extraterritorialité du droit s'est construit ces dernières années[6]. Ce cadre ne permet bien sûr pas de se saisir de toutes les réalités sociales, en particulier celles où les logiques de territorialité apparaissent comme plus fuyantes. C'est le cas notamment des dispositifs relatifs à la régulation des données dont la localisation est difficilement objectivable et qui peuvent donner lieu à des revendications concurrentes ou des conflits de compétence entre États[7].

5. C. Staker, « Jurisdiction », *in* M. D. Evans (dir.), *International Law*, 5e ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 289.
6. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI* 2015. 785.
7. J. Daskal, « Borders and Bits », *Vanderbilt L. Rev.* 2018, vol. 71, p. 179 ; R. Bismuth, « Le *Cloud Act* face au projet européen *e-evidence* : confrontation ou coopération ? », *Rev. crit. DIP* 2019, n° 3, p. 681.

Les limites posées par les règles de droit international en matière de compétences normative, juridictionnelle ou exécutive peuvent être soigneusement repoussées par le jeu de la compliance, et ce, de manière subreptice en ne soulevant finalement que peu voire pas de débats sur la question du respect du droit international. Il est utile de préciser à ce stade que la discussion ne porte pas de manière générale sur les débats relatifs à l'extraterritorialité de certaines législations ou réglementations américaines (notamment dans le domaine de l'anticorruption ou dans celui des sanctions économiques) sur le fondement desquelles des entreprises non américaines (et notamment européennes) ont été sanctionnées aux États-Unis[8]. Elle porte plus spécifiquement sur les manières par le biais desquelles les instruments du droit de la compliance ont permis à l'extraterritorialité qu'ils génèrent d'échapper dans une large mesure aux radars de la critique. Trois instruments méritent d'être analysés à cet égard : la justice négociée, le *monitorship* et la cartographie des risques.

La justice négociée, qui est l'une des composantes essentielles de la logique de compliance, constitue un nouveau visage de la répression des entreprises multinationales[9]. Si cette justice négociée a conduit dans certaines affaires à « des protestations en termes d'exercice excessif des compétences internationales »[10], c'est justement parce que les mécanismes qui la sous-tendent permettent de passer sous silence tout débat relatif à la compétence des autorités nationales. Pour le saisir, il faut comprendre que l'entreprise poursuivie fait face à une alternative : d'une part, bénéficier de toutes les garanties procédurales dans le cadre d'un procès pénal pouvant aboutir à une sanction maximale et à l'éviction du marché ou, d'autre part, le renoncement à ces mêmes garanties en acceptant de s'engager dans une procédure négociée avec les autorités de poursuite, permettant d'établir les faits et aboutissant à une sanction négociée, notamment pécuniaire. En choisissant la solution négociée, la sanction devient plus prévisible, ce qui est essentiel du point de vue de la gestion des risques, mais cette option vient neutraliser tout espace de discussion sur la question légitime de la compétence internationale de l'État qui poursuit. S'il est vrai que l'État s'appuie en général sur sa « compétence-marché »[11] qui, dans la plupart des cas, aurait permis d'établir la compétence dans le cadre d'un procès pénal, le consentement de l'entreprise à la procédure négociée permet en amont aux autorités d'éluder des discussions complexes sur des situations où les critères de compétence sont plus discutables. Il leur permet aussi en aval de ne pas se soucier des éventuelles difficultés relatives à la

8. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », art. préc., p. 795.
9. L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de loi*, Brill/Nijhoff, 2019, p. 670.
10. *Ibid.*, p. 678.
11. *Ibid.*

circulation internationale et à la mise en œuvre de la décision dans d'autres États. Les procédures de justice négociée ont ainsi permis aux États-Unis, dans les affaires de sanctions économiques, de déployer, sans même l'admettre explicitement, une compétence permettant de cibler des transactions conclues à l'étranger entre personnes étrangères, dès lors qu'elles sont conclues en dollars et qu'elles font l'objet d'une opération de compensation sur le territoire américain. Cette compétence fondée sur le dollar procède d'une interprétation très extensive de la compétence territoriale, qui a été vivement critiquée car il n'existe pas de lien de rattachement substantiel de la transaction principale visée par les sanctions avec le territoire américain et que l'opération de compensation n'est qu'incidente[12]. Il n'est d'ailleurs pas surprenant de constater qu'à ce jour, seules des personnes physiques – qui ne font pas face aux mêmes choix et aux mêmes contraintes qu'une personne morale dans le cadre des procédures de justice négociée – ont choisi de contester le bien-fondé de la compétence américaine axée sur l'utilisation du dollar[13]. En tout état de cause, en ne permettant pas de débattre de la question de la compétence, la justice négociée a permis aux États – en particulier un – de concevoir de manière très extensive leur compétence internationale.

Ce qui vient d'être évoqué à propos de la justice négociée peut tout à fait se transposer à ce qui est désormais communément appelé le *monitorship* dans l'univers de la compliance. Les accords de justice négociée peuvent donner lieu à des sanctions à dimension rétrospective (par exemple des pénalités financières) et à d'autres à dimension prospective (engagement de comportement)[14]. Cette dernière catégorie de sanctions peut impliquer – pratique qui s'est développée dans le contexte américain – la nomination par les autorités de poursuite d'une personne (le *corporate monitor*) chargée de contrôler la mise en œuvre des engagements pris par l'entreprise. Le *corporate monitor*, censé être indépendant à la fois des autorités et de l'entreprise sanctionnée, dispose de larges prérogatives pour l'accomplissement de ses fonctions et peut mener des enquêtes et contrôles au sein de l'entreprise afin d'évaluer ses programmes de compliance. Il effectue des rapports périodiques à la direction de l'entreprise ainsi qu'aux autorités. Il s'agit ainsi d'un « agent indépendant chargé de constituer l'œil public surveillant de façon continue la gestion privée interne de l'entreprise »[15]. Il serait évidemment inconcevable pour les États

12. R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », art. préc., p. 796. ; S. Emmenegger et T. Döbeli, « The Extraterritorial Application of U.S. Sanctions Law », *in* A. Bonomi et K. Nadakavukaren Schefer (dir.), *US Litigation Today : Still a Threat For European Businesses or Just a Paper Tiger ?*, Genève/Zurich, Schulthess, 2018, p. 231.
13. S. Emmenegger et T. Döbeli, « The Extraterritorial Application of U.S. Sanctions Law », *op. cit.*, p. 231.
14. L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de loi*, *op. cit.*, p. 684.
15. *Ibid.*

dont relèvent les entreprises sanctionnées que des agents publics étrangers exercent leur *imperium* sur leur territoire sans leur consentement, par exemple en procédant à des enquêtes ou des contrôles au sein de ces entreprises afin de s'assurer de la mise en œuvre de décisions de justice étrangères. Il s'agirait de l'exercice d'une compétence exécutive sur le territoire d'un État étranger prohibée en droit international. L'analyse serait la même dans le contexte du *corporate monitorship* puisque, fût-il fonctionnellement et organiquement indépendant de l'État qui le nommerait, le *corporate monitor* n'en resterait pas moins un agent de l'État du point de vue du droit international, dans le sens où cette personne serait habilitée à exercer des prérogatives de nature exécutive[16]. Preuve que ces fonctions posent des problèmes de cette nature, quelques programmes de *monitorship* dans des dossiers très sensibles ont donné lieu à des accords intergouvernementaux afin de permettre la transmission d'informations aux autorités de poursuite tout en évitant de contrevenir aux lois de blocage. Ce fut le cas par exemple dans l'affaire Alcatel-Lucent[17]. À notre connaissance, une telle pratique d'accord international encadrant cette activité reste cependant rare et il est en général recommandé aux *corporate monitors* d'identifier les problèmes les plus épineux posés par les lois de blocage, afin que leurs activités n'y contreviennent pas de manière évidente. Là encore, la logique de compliance permet aux autorités de poursuite d'étendre indirectement les limites spatiales de leur compétence exécutive, en faisant plus que flirter avec la légalité internationale, et ce, en s'appuyant sur des mécanismes fondés sur le consentement de l'entreprise ciblée et en faisant intervenir des personnes privées dans cette fonction de contrôle.

Autre outil de la palette de la compliance, *la cartographie des risques* permet à l'entreprise de faciliter l'évaluation et la compréhension des risques auxquels l'entreprise est exposée dans le cadre de ses activités. Cette cartographie ne doit pas simplement être conçue comme une fin en soi permettant à l'entreprise de satisfaire à une obligation légale dans certains domaines (protection des données, lutte contre la corruption, protection des droits de l'homme, etc.), mais aussi un outil lui permettant *ex ante* de modifier sa conduite en intégrant les conclusions résultant de sa cartographie dans ses processus internes[18] et ainsi éviter que soit mise en jeu sa responsabilité dans une approche *ex post*, par exemple pour des manquements à une obligation de vigilance. Il est à ce titre intéressant de relever que l'un des effets des obligations en matière de cartographie des risques et de vigilance est de conduire les entreprises à se conformer à certaines normes dans le cadre de leurs activités à l'échelle du

16. J. Crawford, *State Responsibility : The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 126.
17. L. Cohen-Tanugi, « The Independent Corporate Monitor : Who, What, When and How ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2019, n° 1, p. 8.
18. N. Guillaume, « Cartographie des risques de compliance », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, *op. cit.*, 2021, p. 68.

groupe de sociétés, et donc au-delà du territoire de l'État qui édicte de telles obligations. Cela est particulièrement clair dans le cadre de la loi française relative au devoir de vigilance[19]. Cette loi, qui ne s'applique qu'à certaines sociétés françaises, leur impose une cartographie des risques afin de prendre les mesures de vigilance raisonnable destinées à prévenir les atteintes graves aux droits de l'homme, à la santé et à l'environnement dans le cadre des activités des filiales et des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. La loi française n'impose pas aux filiales, fournisseurs et sous-traitants situés à l'étranger de se conformer à certaines normes – cela constituerait un exercice extraterritorial de la compétence normative. Elle exige plutôt indirectement des entreprises françaises qu'elles usent de leur pouvoir économique pour que ces acteurs se conforment à un certain modèle résultant de la loi française. En ce sens, l'obligation de vigilance permet de réguler des chaînes économiques indépendamment des frontières qu'elles traversent[20]. L'extraterritorialité du dispositif est ainsi « potentiellement plus étendu[e] que la lettre de la loi ne le donne à penser »[21]. En utilisant le levier de la puissance économique, la norme juridique prend ainsi appui sur la norme managériale ou la norme de compliance édictée par l'entreprise pour se diffuser à l'étranger[22].

Dans tous les cas qui viennent d'être explorés, les instruments de la compliance échappent dans une large mesure aux radars du droit international par l'effet d'une translation. Les décisions à effet extraterritorial ne sont en effet pas formellement prises de manière unilatérale par les États pour ce qui concerne l'application ou la mise en œuvre de leur législation, ceux-ci s'assurent simplement qu'elles soient acceptées et mises en œuvre par les entreprises concernées. Il en résulte néanmoins un pluralisme normatif, car l'entreprise doit non seulement mettre en œuvre les règles résultant de ses processus de compliance mais aussi celles exigées par le droit local. Et ces deux catégories de règles ne sont pas nécessairement compatibles.

II. CONFRONTATION : LA COMPLIANCE CONTRE LA SOUVERAINETÉ

Les développements précédents ont mis en relief le risque que la mise en œuvre de l'un des outils de la compliance (en l'occurrence le *monitorship*) soit non seulement de nature à affecter la souveraineté de l'État sur le

19. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n° 74 du 28 mars 2017.
20. M.-A. Frison-Roche, « Approche juridique des outils de la compliance », *op. cit.*, p. 30.
21. A.-S. Epstein, « La portée extraterritoriale de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Cah. dr. entr.* 2018, n° 4, p. 48.
22. R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », *in* SFDI, *Extraterritorialités et droit international*, Paris, Pedone, 2020, p. 118.

territoire duquel le *monitor* conduit ses enquêtes, mais puisse aussi contrevenir au droit interne de cet État lorsque sont en jeu des législations de blocage interdisant le transfert d'informations à des autorités étrangères en dehors des canaux légalement prévus à cet effet. Cette illustration reflète en réalité les deux faces d'une même pièce : la souveraineté internationale de l'État implique le respect de son intégrité territoriale, mais aussi une compétence normative pour édicter et faire respecter des normes applicables sur son territoire. Il s'agit donc à présent d'explorer plus en détail dans quelle mesure les processus de compliance sont susceptibles d'entrer en conflit avec le droit de l'État sur le territoire duquel ils sont susceptibles de s'appliquer (que l'on désignera l'État hôte). À cet égard, il peut exister un conflit non seulement parce que le processus de compliance n'est que le relais d'un droit étranger (que l'on désignera « l'État d'origine ») ou d'un référentiel international qui serait contraire au droit de l'État hôte, mais aussi parce que le processus de compliance peut aller au-delà du droit de l'État d'origine et générer ses propres règles qui seraient incompatibles avec le droit de l'État hôte.

La compliance peut être envisagée comme une « délégation de normativité »[23] dans le cadre de laquelle « la normativité privée devient le relais de la normativité publique »[24]. Il revient donc à l'entreprise de diffuser la norme publique dans ses processus de compliance qui, comme nous l'avons vu, peut s'appliquer au-delà du territoire de l'État d'origine, en se diffusant au sein du groupe et des chaînes de valeur sur lesquels l'entreprise exerce une influence significative. L'hypothèse d'un conflit entre la norme publique (étrangère ou internationale) imposée par l'entreprise par le biais de la compliance et le droit de l'État hôte a déjà été envisagée de nombreuses fois dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises. L'instrument de référence en la matière, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU[25] qui a inspiré la loi française sur le devoir de vigilance, envisage cette situation. Les Principes directeurs précisent en effet que si les entreprises doivent se conformer au droit local, elles doivent néanmoins « rechercher les moyens d'honorer les principes des droits de l'homme internationalement reconnus lorsqu'elles se heurtent à des obligations contradictoires »[26]. Le commentaire de ce principe précise par ailleurs que dans l'impossibilité « de s'acquitter pleinement de cette responsabilité », les entreprises concernées doivent respecter les droits de l'homme « dans la plus grande mesure possible étant donné les circonstances, et pouvoir faire la preuve des efforts qu'elles déploient à cet

23. J.-B. Racine, « La prégnance géographique des outils de la compliance. Propos introductifs », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, *op. cit.*, 2021, p. 158.
24. *Ibid.*
25. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, HR/PUB/11/4, 2011.
26. Principe 23(b).

égard »[27]. Cette situation est également envisagée par les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, lesquels traduisent le même objectif de recherche de conciliation tout en soulignant que cela doit être fait « sans toutefois risquer de contrevenir à leur législation nationale »[28]. De tels conflits ne sont pas hypothétiques et peuvent toucher à des questions très sensibles lorsqu'il s'agit par exemple d'une législation nationale qui interdirait aux femmes l'accès à des postes à responsabilité[29] ou de communiquer des informations personnelles sur un opposant à un régime. Une certaine gêne transpire d'ailleurs à la lecture des recommandations ou lignes directrices destinées à aider à la mise en œuvre de ces principes. Celles-ci oscillent entre la nécessité de respecter les droits de l'homme et l'exigence du respect des règles nationales (la « *When in Rome Approach* »), conduisant ainsi à l'aménagement d'espaces d'exception ou certains accommodements embarrassants dans les procédures de compliance (par exemple permettre à un employé de travailler à distance s'il devait faire face à des discriminations prescrites par le droit de l'état hôte)[30].

Nous venons d'envisager une situation de conflit entre le droit de l'État hôte et la règle de compliance dans le cadre de laquelle le premier résiste d'une certaine façon à la pleine mise en œuvre de la seconde. Il se peut évidemment qu'une entreprise choisisse, à ses risques, de privilégier l'application de sa norme de compliance, parfois sans même avoir à l'esprit sa possible contrariété avec le droit de l'État hôte. Il faut aussi relever que la norme de compliance peut même être propre à l'entreprise et pas simplement dictée par le droit de l'État d'origine. En effet, la réception dans les processus de compliance des règles et procédures devant être mises en œuvre par l'entreprise ne procède pas d'une démarche mécanique de transposition. L'entreprise peut effectuer une synthèse des différentes règles ou exigences dont elle doit tenir compte, et définir son propre modèle en fonction d'une analyse des risques que l'entreprise réalise avec ses conseils juridiques[31]. Si les règles de l'État d'origine permettent une large marge d'interprétation de la part des autorités et des risques significatifs en matière de sanctions, l'entreprise sera alors tentée de se lancer dans une politique de compliance maximaliste visant à éliminer tout éventuel risque de non-conformité, ce que l'on désigne comme une politique de *derisking* ou d'*overcompliance*.

27. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, préc., p. 28.
28. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, I(2), p. 19.
29. V. par ex. BIICL, *When National Law Conflicts with International Human Rights Standards : Recommendations for Business*, 2018, p. 16-17, disponible sur https://binghamcentre.biicl.org/documents/26_when_national_law_conflicts_with_international_human_rights_standards.pdf.
30. *Ibid.*, p. 26.
31. J.-B. Auby, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, *op. cit.*, p. 103.

La mise en œuvre des programmes américains de sanctions économiques donne régulièrement lieu à ce type de comportements. Si l'on a pu en constater des manifestations triviales comme dans la situation où la filiale canadienne de Walmart a retiré de ses rayons des pyjamas fabriqués à Cuba par crainte des sanctions américaines[32], le refus de la filiale de Hilton en Norvège de rejeter les réservations d'officiels cubains pour les mêmes raisons avait déjà soulevé des protestations en ce que de tels comportements constituaient des discriminations fondées sur la nationalité[33]. Ces pratiques d'*overcompliance* ont pris une dimension particulièrement importante au sein des institutions financières face aux très lourdes pénalités financières qui ont été prononcées à l'encontre de certaines d'entre elles. Ainsi, alors que les sanctions économiques américaines frappent certaines activités ou personnes liées à l'Iran ou à Cuba, certaines banques ont choisi, dans une logique de *derisking*, de ne plus effectuer de transaction liée directement ou indirectement à ces deux États, ce qui conduit très souvent les banques à mettre un terme à des relations commerciales existantes.

Cette *overcompliance* peut conduire à des situations ubuesques à l'instar de ce qu'il se produit depuis quelques années dans le domaine de la coopération fiscale internationale. Dans le sillage de scandales fiscaux impliquant des banques suisses, les États-Unis ont adopté en 2010 la législation dite FATCA, obligeant toutes les institutions financières dans le monde à communiquer à leur administration fiscale des informations concernant les avoirs détenus à l'étranger par des contribuables américains. Le transfert de telles informations contrevenait très clairement à des lois de blocage nationales. Sous la pression des États-Unis, plus d'une centaine d'États ont accepté de conclure des accords bilatéraux avec les États-Unis afin de l'autoriser. Dans ce cadre, les institutions financières avaient l'obligation de détecter les contribuables américains en utilisant des indices d'américanité, parmi lesquels le lieu de naissance aux États-Unis compte tenu du *jus soli* pratiqué par cet État en matière d'acquisition de la nationalité. Cela a conduit plusieurs banques (y compris françaises), qui ne souhaitaient pas s'embarrasser avec ce que ces obligations impliquaient, de refuser purement et simplement des clients nés aux États-Unis – y compris ceux qui n'avaient aucune attache avec les États-Unis autre que leur lieu de naissance et qui avaient comme autre nationalité celle de leur État de résidence[34]. Il est évidemment question de discrimination fondée sur la nationalité, attestant ainsi que la compliance – et ses excès – peut conduire à des conduites autonomes entrant en conflit avec le droit de l'État hôte.

32. M. Rathbone, P. Jeydel et A. Lentz, « Sanctions, Sanctions Everywhere : Forging a Path through Complex Transnational Sanctions Laws », *Georgetown Journal of International Law*, 2013, vol. 44, p. 1120.
33. *Ibid.*, p. 1121.
34. R. Bismuth, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "Américains accidentels" », *Journal du Droit International*, 2017, vol. 144, n° 4, p. 1197-1261.

Cette *overcompliance* se diffuse même dans les pratiques de marché sans que celui-ci ne semble se soucier de sa légalité. Il est d'ailleurs assez déconcertant de relever que les clauses types discriminantes à l'endroit des personnes américaines se retrouvent même dans la documentation adossée aux émissions obligataires réalisées par la Commission européenne au nom de l'UE[35] – cette même Commission qui entend pourtant neutraliser l'effet extraterritorial des lois américaines.

Les exemples du FATCA et des sanctions économiques, qui se rattachent d'ailleurs à des « buts monumentaux » qui sont définis de manière essentiellement unilatérale par les États, montrent que l'*overcompliance* n'est pas nécessairement animée par un souci d'éviter un risque de non-conformité. Il s'agit bien davantage de renoncer à un pan entier d'activités compte tenu des moyens à déployer et du coût que cela implique en matière d'évaluation des risques et de compliance[36]. Si certains acteurs publics ont commencé à prendre la mesure du phénomène – c'est notamment le cas du GAFI dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme[37] – d'autres ont tout à fait conscience de ces excès et en jouent d'ailleurs afin d'étendre la portée de leur dispositif par le biais d'une compliance génératrice de ses propres règles. C'est ce que relevait d'ailleurs la personne au sein du Trésor américain qui a conçu les dispositifs de sanctions économiques et de lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme et qui, relevant que « *the ultimate application of American financial power extraterritorially* [...] *relied on the decisions and actions of the private sector* »[38], anticipait plus largement que les institutions financières iraient bien au-delà de ce que prescrivaient les réglementations américaines.

III. TRANSFORMATION : LA COMPLIANCE ET LA LÉGITIMATION D'UNE SOUVERAINETÉ DE L'ENTREPRISE ?

Les entreprises, en particulier celles d'une certaine taille ou opérant dans des secteurs particuliers, sont les destinataires de nombreuses obligations ou plus largement d'objectifs, qui reflètent des missions sociales pour la réalisation de

35. R. Bismuth, « Émissions obligataires européennes : la Commission participe-t-elle à une entreprise de discrimination fondée sur la nationalité ? », *RISF* 2021, n° 1-2, p. 3.
36. D. Artingstall *et al.*, *Drivers & Impacts of Derisking*, FCA, févr. 2016, disponible sur https://www.fca.org.uk/publication/research/drivers-impacts-of-derisking.pdf.
37. FATF, « Drivers for "De-Risking" Go Beyond Anti-Money Laundering/Terrorist Financing », 26 juin 2015, disponible sur https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/derisking-goes-beyond-amlcft.html.
38. J. C. Zarate, *Treasury's War – The Unleashing of a New Era of Financial Warfare*, *op. cit.*, p. 302 (« l'application ultime de la puissance financière extraterritoriale américaine [...] reposait sur les décisions et actions du secteur privé », traduction de l'auteur).

buts monumentaux que les États ne peuvent plus assumer seuls dans un environnement complexe et transnational. Le procédé consistant à assigner à des entreprises des missions d'intérêt général, destinées à assurer par exemple le bon fonctionnement du marché, n'est pas une nouveauté. C'est en particulier ce que l'on a pu constater il y a déjà plus d'une vingtaine d'années dans les domaines de la régulation financière et de la gouvernance d'entreprise, avec l'émergence de *gatekeepers* (agences de notation, auditeurs, etc.) dont on a compris qu'ils étaient aussi particulièrement complexes à réguler[39].

Par ses méthodes et instruments autant que par les objectifs qu'elle entend mettre en œuvre, la compliance fait entrer l'entreprise dans une dimension différente quant à son rapport à la norme. Elle n'en est plus seulement le destinataire mais aussi un rouage de leur mise en œuvre ; « l'assujetti devient l'agent de la légalité... en raison de sa position et de sa puissance »[40]. La compliance conduit ainsi à un processus d'internalisation au sein de l'entreprise de certaines fonctions comme également celles du droit répressif[41]. Plus encore, tel que cela a été mis en évidence, les processus de compliance peuvent conduire l'entreprise à générer ses propres normes, parce qu'elle doit faire la synthèse dans un contexte transnational des multiples obligations auxquelles elle est soumise et/ou parce qu'elle est en position de les interpréter, parfois de manière très extensive et à l'aune de son appréciation des risques.

On pourrait déceler dans ces différentes évolutions l'émergence, au sein de l'entreprise, de différentes fonctions qui ne manquent pas de faire écho à la classification des compétences des États évoquée plus haut (normative, juridictionnelle et exécutive) que le droit international a cherché à encadrer. Il n'est donc pas surprenant de voir émerger un discours sur la « souveraineté » des entreprises qui viendrait concurrencer, ou à tout le moins cohabiter avec, celle des États. Ce discours sur la souveraineté des entreprises qui a déjà donné lieu à une certaine littérature depuis le début des années 2000[42], avec quelques prolongements relatifs à la nécessité de constitutionnaliser ce pouvoir de droit privé[43], trouve dorénavant de nouveaux appuis dans certains développements intéressant les activités des géants du numérique. Ceux-ci en viennent non seulement à instaurer leur cour suprême transnationale, à l'instar du *Facebook*

39. J. C. Coffee Jr., *Gatekeepers : The Professions and Corporate Governance*, New York, Oxford University Press, 2006.
40. M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *op. cit.*, p. 8.
41. *Ibid.*, p. 8-9.
42. A. D. Chandler et B. Mazlish (dir.), *Leviathans – Multinational Corporations and the New Global History*, New York, Cambridge University Press, 2005 ; J. Barkan, *Corporate Sovereignty : Law and Government under Capitalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2013.
43. L. Catá Backer, « The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise : From Body Corporate to Sovereign Enterprise », *in* J.-P. Robé, A. Lyon-Caen et S. Vernac (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 171-189.

Oversight Board, suggérant ainsi que même le pouvoir managérial se soumet à une forme de justice déléguée[44]. Mais par surcroît, au-delà de leurs initiatives suggérant qu'ils s'auto-investissent de fonctions souveraines, les États eux-mêmes acceptent de les reconnaître dans ces nouveaux habits en nommant des « ambassadeurs numériques », espérant ainsi pouvoir instaurer un dialogue avec les superpuissances de la Silicon Valley[45]. Si nous ne sommes pas encore au stade de l'octroi d'immunités et privilèges aux dirigeants de ces entreprises, le recours au vocabulaire des relations diplomatiques constitue néanmoins une symbolique forte pour situer l'univers dans lequel les États envisagent leurs rapports avec ces nouveaux pouvoirs.

La compliance n'est pas à l'origine de ces évolutions qui s'étaient déjà amorcées avant même qu'elle s'impose progressivement au cours de la dernière décennie. Mais, assurément, elle les accompagne et d'une certaine façon les légitime. Si les méthodes et instruments de la compliance apparaissent neutres en ce qu'ils peuvent être déployés indistinctement pour n'importe quel type d'objectifs, multilatéraux ou unilatéraux, ils le sont beaucoup moins du point de vue de leurs effets lorsqu'ils permettent d'enraciner dans l'esprit des acteurs aussi bien publics que privés l'idée que les entreprises peuvent exercer, certes encore de manière feutrée, de telles fonctions souveraines.

44. K. Klonick, « The Facebook Oversight Board : Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression », *Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, p. 2418.
45. A. Satariano, « The World's First Ambassador to the Tech Industry », *New York Times*, 3 sept. 2019, disponible sur https://www.nytimes.com/2019/09/03/technology/denmark-tech-ambassador.html.

LES BUTS MONUMENTAUX DE LA COMPLIANCE

Sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche

Avec les contributions de

Marie-Anne Frison-Roche, Roch-Olivier Maistre,
Anne-Valérie Le Fur, Anne Le Goff, Jean-François Vaquieri,
Marie Malaurie-Vignal, Dominique de La Garanderie, Cristina Peicuti,
Jacques Beyssade, Isabelle Gavanon, Benoît Petit, Guillaume Beaussonie,
Christian Huglo, Lucien Rapp, Bertold Bär-Bouyssiere,
Alexandra Mendoza-Caminade, Lydia Méziani, Marc Segonds,
Antoine Oumedjkane, Adrien Tehrani, Pascale Idoux, Julien Bonnet,
Nelly Sudres, Bruno Deffains, Jean-Christophe Roda, Frédéric Marty,
Sabine Lochmann, Régis Bismuth, Laurent Benzoni,
Marie-Emma Boursier, Stanislas Pottier, Christophe André

Journal of Regulation & Compliance

DALLOZ

2022