

## Les clauses de *Compliance*, ou quand le contrat sert (aussi) à atteindre les « butes monumentaux » de la *Compliance*

Maxime D'ANGELO PETRUCCI, membre du think tank French Compliance Society, dirige le département Transactions du cabinet de propriété intellectuelle et technologies Abello IP Firm. Il est expert en rédaction et négociation des contrats commerciaux dans lesquels la propriété intellectuelle est cruciale. Par ailleurs, il accompagne les entreprises dans la structuration de leurs stratégies d'exploitation de données, conciliant leurs objectifs commerciaux avec les exigences réglementaires. Parallèlement à son activité d'avocat, Maxime occupe également des fonctions d'enseignement.

### 1. Pourquoi s'intéresser aujourd'hui aux rapports qu'entretiennent *Compliance* et contrats ?

1 - Étudier les rapports entre *Compliance* et contrats est intéressant tant sur le plan théorique que pratique.

2 - Sur le plan théorique, l'influence grandissante des « butes monumentaux »<sup>1</sup> de la *Compliance* sur la sphère contractuelle amène parfois à reconsidérer des « grandes problématiques » du droit des obligations, telles que les sources des obligations, la frontière entre les parties et les tiers, la distinction entre les actes juridiques et les actes dépourvus de portée normative, ou encore le contrat d'adhésion.

3 - Sur le plan pratique, les contrats d'affaires comportent fréquemment des clauses, dont les intitulés et le contenu varient, qui ont pour objet l'exécution d'obligations légales et/ou d'engagements volontaires « extra-légaux » visant à atteindre les « butes monumentaux » de la *Compliance*. Proposées - voire imposées - par les sociétés donneuses d'ordre, les clauses de *Compliance* sont souvent détaillées voire verbeuses, formulées en des termes excessivement généraux, et inadaptées à la situation concrète des parties (un auteur remarque qu'elles sont « bien souvent identiques, qu'il s'agisse de l'achat de biens sur catalogue ou sur mesure, de l'achat d'une machine-outil en Allemagne ou de produits textiles en Asie »<sup>2</sup>). Les clauses de *Compliance* peuvent mélanger des déclarations sans portée normative et des obligations particulièrement contraignantes, voire génératrices d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Leur influence s'étend au-delà de la sphère contractuelle, obligeant le débiteur à obtenir des engagements identiques de ses partenaires commerciaux, et ces derniers à faire de même avec leurs propres partenaires, sans que les limites de cette « cascade » d'obligations contractuelles ne soient toujours clairement identifiables.



Comprendre, rédiger, négocier et exécuter les clauses de *Compliance*, encore (relativement) peu étudiées par les juristes mais essentielles à la mise en œuvre des programmes de *Compliance*, représente un défi pour les entreprises, qu'elles soient de grande envergure ou non, internationales ou locales, clientes ou prestataires.

4 - En somme, les interactions entre *Compliance* et contrat montrent à quoi peut servir le « Contrat au XXI<sup>ème</sup> siècle », pour reprendre le titre de l'ouvrage du Professeur Libchaber<sup>3</sup>. Outre le moyen de « faire des affaires », le contrat est un outil de gestion de risques systémiques : risques environnementaux à l'ère de l'anthropocène, risques de cybersécurité, risques d'atteintes à la probité, risques pour les droits humains, risque pour la libre concurrence...

### 2. Comment se manifeste l'influence de la *Compliance* sur les contrats ?

5 - La *Compliance*<sup>4</sup> tend à limiter deux aspects de la liberté contractuelle lorsqu'elle prend en compte le contrat<sup>5</sup> : la liberté de choisir son cocontractant et celle de déterminer le contenu du contrat.

6 - La *Compliance* restreint d'abord la liberté des opérateurs économiques de choisir leurs cocontractants, en les obligeant à contracter avec des acteurs intègres uniquement.

En matière de données personnelles par exemple, le Règlement (UE) 2016/679 (« RGPD ») oblige le responsable du traitement à ne choisir que des sous-traitants offrant des « garanties suffisantes » pour traiter les données conformément aux exigences du RGPD<sup>6</sup>. De même, en matière de lutte contre la corruption, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure des procédures de passation des marchés les opérateurs économiques ayant été condamnés définitivement pour corruption<sup>7</sup>. Plus récemment, dans le domaine des droits humains, la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 dite « Climat et Résilience » a introduit la

1 - Marie-Anne Frison-Roche, *Les butes monumentaux de la compliance*, Dalloz, 1 septembre 2022. Les « butes monumentaux » de la *Compliance*, expression créée par la Professeure Marie-Anne Frison-Roche, désignent ces objectifs globaux, de nature systématique, que les autorités publiques se fixent : lutter contre le changement climatique, assurer la stabilité financière mondiale, éliminer la corruption, ou encore éradiquer les discours de haine.

2 - Yann Queinnec, *Le contrat durable. Pour une conciliation contractuelle effective des enjeux économiques, sociaux et environnementaux*, AJ Contrat, 2020.

3 - Rémy Libchaber, *Le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, 1ère éd., LGDJ, 2020.

4 - Le professeur Gaudemet définit la *Compliance* comme « la nouvelle police des activités économiques développée par les États modernes, qui sont privés de leurs ressources et moyens d'action traditionnels face aux entreprises les plus importantes que la mondialisation ait engendrées » (Antoine Gaudemet, *What is compliance?*, La Revue européenne du droit, septembre 2020, n°1).

5 - Le contrat comme outil de déploiement de la vigilance a été oublié par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre (Nicolas Ida, *Contrat et devoir de vigilance des sociétés*, La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires, 13 juillet 2023, n°28).

6 - Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (« RGPD »), article 28, paragraphe 1.

7 - Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE, telle que modifiée, article 57, 1., b).

possibilité pour l'acheteur d'exclure de la procédure de passation d'un marché les sociétés qui n'ont pas établi de plan de vigilance alors qu'elles y étaient tenues<sup>8</sup>. L'Union européenne s'est inspirée cette disposition de la loi « Climat et Résilience » en prévoyant, dans la Directive 2024/1760 du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, que « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché, y compris une procédure d'attribution de concession, le cas échéant, s'ils peuvent démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur a manqué à ses obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail [...] ou que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité »<sup>9</sup>.

**7 -** La *Compliance* restreint ensuite la liberté des opérateurs économiques de déterminer le contenu de leur contrat en leur imposant certaines clauses. En suivant la « tradition législative » d'utiliser les contrats pour faire respecter des normes sociétales<sup>10</sup>, la *Compliance* régule le contenu contractuel afin de mieux diffuser ses exigences. Dans le domaine des données personnelles à nouveau, le RGPD oblige le responsable du traitement et le sous-traitant à conclure un contrat ou un acte juridique équivalent contenant toute une série de clauses (dont des clauses de confidentialité, de sécurisation des traitements de données, de suppression des données aux termes de la prestation de services, et d'audit). Le sous-traitant doit également s'assurer que ces clauses sont reproduites dans ses contrats avec les sous-traitants ultérieurs<sup>11</sup>.

**8 -** Ainsi, alors qu'au XIX<sup>ème</sup> siècle avec la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat était la « loi » que les parties se donnaient librement (avec pour seule limite à leur liberté les règles impératives), au XXI<sup>ème</sup> siècle la *Compliance* fait du contrat un moyen, doublement contraint, d'atteindre les « buts monumentaux ». Un moyen contraint d'une part parce le choix du cocontractant est restreint aux seuls opérateurs économiques que le législateur juge suffisamment intègres ; un moyen contraint d'autre part parce que le législateur dicte parfois les clauses du contrat, choisissant à la place des parties celles qui serviront le mieux les « buts monumentaux » de la *Compliance*.

### 3. Que sont les « clauses de Compliance » ?

**9 -** Les clauses de *Compliance* sont des stipulations que les opérateurs économiques insèrent dans leurs contrats pour l'une des trois raisons suivantes :

- la loi (au sens large) le leur impose (c'est l'hypothèse où le législateur ne laisse pas aux opérateurs économiques le choix du moyen pour exécuter leurs obligations légales de *Compliance*, leur imposant de recourir au contrat) ;

- ils choisissent le contrat pour exécuter leurs obligations légales de *Compliance*, parmi d'autres moyens disponibles tels que les actes juridiques unilatéraux (c'est l'hypothèse où le législateur laisse aux opérateurs économiques le choix du moyen pour exécuter leurs obligations légales de *Compliance*) ;
- ils s'engagent volontairement à atteindre des « buts monumentaux » en dehors de toute contrainte légale, et recourent au contrat pour y parvenir<sup>12</sup>.

**10 -** À titre illustratif et sans prétendre offrir un « modèle », l'auteur de ces lignes a récemment reçu, de la part d'une société donneuse d'ordres s'estimant soumise aux dispositions de l'article 17 de la loi dite « Sapin 2 »<sup>13</sup>, un contrat d'entreprise renfermant une « clause anticorruption ». Cette clause stipulait que l'entrepreneur, à ses frais :

i. déclare et garantit qu'à la date à laquelle le contrat est conclu, il n'a jamais été ni poursuivi, ni définitivement condamné pour un ou des faits visés à la Section 3 du Chapitre II du Titre III du livre IV du code pénal (« Des manquements au devoir de probité ») et à la Section 1 du Chapitre V du Titre IV du code pénal (« De la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique ») (ci-après désignés les « **Atteintes à la Probité** ») ;

ii. réalise, et actualise régulièrement, une cartographie des risques d'Atteintes à la Probité par a. lui-même, b. ses filiales au sens de l'article L233-1 du code de commerce, et c. les sociétés qu'il contrôle au sens de l'article L233-3 du même code (ci-après désigné le « **Groupe de l'Entrepreneur** ») ;

iii. met en œuvre ou s'assure que sont mises en œuvre, à l'aune des risques d'Atteintes à la Probité identifiés dans la cartographie précitée, les mesures et procédures propres à prévenir, détecter et, le cas échéant, remédier aux Atteintes à la Probité commises au sein du Groupe de l'Entrepreneur (telles qu'un code de conduite ; des formations ; la désignation d'un responsable de la conformité ; un dispositif d'alerte interne ; l'évaluation de l'intégrité de toute personne physique ou morale avec laquelle toute société du Groupe de l'Entrepreneur est en relation et qui peut l'exposer à des risques d'Atteintes à la Probité ; un dispositif de contrôles internes) ;

iv. informe, sans délai, le maître de l'ouvrage de tout soupçon d'Atteinte à la Probité commise par toute personne au sein du Groupe de l'Entrepreneur ; et

v. se porte fort de l'engagement contractuel à mettre en œuvre les mesures et procédures propres à prévenir, détecter, et le cas échéant remédier aux Atteintes à la Probité de toute personne à qui l'entrepreneur reverse tout ou partie du prix constituant la contrepartie des [Services] [terme défini dans le contrat].

8 - Article L2141-7-1 du Code de la commande publique, créé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets et modifié par la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte.

9 - Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le Règlement (UE) 2023/2859, considérant 92.

10 - L'interdiction, énoncée dans le Code civil français de 1804, pour les contractants de déroger « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », illustre cette tradition.

11 - RGPD, article 28, paragraphes 3 et 4.

12 - Marie-Anne Frison-Roche, La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances, Recueil Dalloz, 11 mai 2023, n°18.

13 - Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.