

*Droits et Débats*

**De la régulation à la compliance :  
quel rôle pour le juge ?**

Un colloque organisé par le Conseil d'État  
et la Cour de cassation  
le 2 juin 2023





<b>Avant-propos.....</b>	<b>5</b>
<b>Programme du colloque .....</b>	<b>9</b>
<b>Séance d’ouverture.....</b>	<b>11</b>
<b>Première table ronde - Une compliance ou des compliances ? .....</b>	<b>31</b>
Biographie des intervenants .....	33
Actes – Une compliance ou des compliances ? .....	37
Échanges avec la salle .....	89
<b>Deuxième table ronde - Quel rôle pour le juge aujourd’hui dans la compliance ? .....</b>	<b>91</b>
Biographie des intervenants .....	93
Actes – Quel rôle pour le juge aujourd’hui dans la compliance ? .....	97
Échanges avec la salle .....	139
<b>Troisième table ronde - Quelles nouvelles frontières pour la compliance ?.....</b>	<b>141</b>
Biographie des intervenants .....	143
Actes – Quelles nouvelles frontières pour la compliance ? .....	147
Échanges avec la salle .....	171
<b>Séance de clôture .....</b>	<b>173</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>183</b>
1. Normes applicables .....	185
2. Droit souple .....	191
3. Éléments de jurisprudence .....	193
4. Bibliographie .....	205



**Martine de Boisdeffre**

*Présidente de la section du rapport et des études*

Pour cette 7<sup>e</sup> édition de leurs Regards croisés, une coutume bisannuelle depuis 2011, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont souhaité contribuer à la réflexion relative aux enjeux pour le juge résultant du développement des mécanismes de compliance, en réunissant, autour du président de la section du contentieux du Conseil d'État, du président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation et du président de l'ordre des avocats aux Conseils, des experts de la question aux profils variés, européens et nationaux : directeur général du service juridique de la Commission européenne, juge au tribunal de l'Union européenne, conseillers d'État, magistrats du siège et du parquet à la Cour de cassation, présidents de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, professeurs et avocats.

Le juge se trouve confronté aux évolutions dans la manière de penser le droit et les modes d'encadrement de certaines activités par les pouvoirs publics et les régulateurs au niveau national comme européen. Avec l'émergence de la compliance, après la réglementation et dans le prolongement de la régulation, la sanction du comportement inadapté à la règle et la réparation de ses conséquences ne constituent plus la finalité de la norme, laquelle est désormais d'éviter le dommage en maîtrisant des risques. C'est dans ce cadre en construction d'un droit de la compliance, entre droit dur et droit souple, transcendant les frontières entre droit public et droit privé, droit national et normes supranationales, que s'inscrit désormais de plus en plus le travail du juge.

Lors du colloque, trois tables rondes ont nourri la réflexion commune, afin de mettre en perspective les défis majeurs que la compliance et ses mécanismes représentent pour le juge.

La première a permis de dresser un état des lieux des matières concernées par la compliance, plurielle, polymorphe, en premier lieu dans les secteurs techniques régulés tels que la finance, la banque, les transports, les télécommunications et, plus récemment, dans des champs nouveaux, immenses, intégrant notamment les enjeux environnementaux. Les intervenants ont aussi souligné que le cadre européen, les régulateurs et les entreprises elles-mêmes favorisent l'émergence d'un système unifié de compliance par-delà la spécificité des approches sectorielles qui présentent des caractéristiques communes. Cette unification est souhaitable et peut être favorisée par l'existence d'objectifs transversaux. Ce sont les « buts monumentaux » qu'évoque la professeure Marie-Anne Frison-Roche : sécurité, lutte contre le changement climatique, stabilité financière mondiale, protection des données, lutte contre le financement de groupes terroristes et toutes formes

de discours de haine. Les débats ont mis en lumière qu'avec les règles de la compliance, quelle que soit leur nature, il s'agit d'aller au-delà de la conformité, de responsabiliser des acteurs puissants, en intégrant l'éthique, la déontologie et, à travers le devoir de vigilance, des valeurs qui, dans une démarche globalisée, transcendent tout dans une forme de retour à la notion d'intérêt général.

Les échanges de la deuxième table ronde ont porté sur le rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance, et ont montré que si celle-ci, fondée sur l'intériorisation de la norme par les acteurs, a été mise en œuvre afin d'éviter la réalisation de risques et de dommages et le recours au juge, la place de celui-ci, judiciaire comme administratif, est déterminante. Les intervenants ont ainsi mis en évidence le caractère indispensable du juge comme figure indépendante et impartiale garante de l'État de droit, comme régulateur social chargé de trancher des litiges dans un contexte toujours plus complexe. Ils ont pointé l'importance d'une unité de la compliance au niveau de l'office du juge, processuel comme substantiel. Des questions d'accès au juge, de compétence matérielle, de procédure se posent ; certaines ont déjà été tranchées, par la loi ou par le juge. Les intervenants ont cependant tous souligné la complexité du contentieux de la compliance qui mobilise simultanément plusieurs branches du droit, dont les enjeux systémiques changent l'horizon du juge, qui l'oblige à n'être plus seulement un juge du constat, mais à devenir un juge de comportements, un juge de trajectoires, un juge de la surveillance, un juge de la validation, tourné vers le futur. Encore faut-il qu'il dispose d'outils et de moyens de contrôle qui lui permettent de dessiner les contours d'un office adapté dans un cadre normatif complexe, évolutif, hétérogène, souple, mouvant, transnational. Les intervenants ont mis en évidence que le juge, dans les contentieux administratif, civil, pénal et social, est conduit à revisiter des procédures, des catégories juridiques, des principes traditionnels, des domaines contentieux qui semblaient étanches les uns par rapport aux autres, et qu'il prend une part décisive dans la construction du droit de la compliance et de la compliance comme nouvelle branche du droit. Il est de plus en plus amené à trancher des situations délicates en embrassant de vastes horizons, face à des acteurs puissants, une demande sociétale pressante et des enjeux systémiques multiformes qui dépassent les frontières nationales. Le dialogue des juges, juges nationaux, européens et internationaux, est alors essentiel pour faire ensemble « l'apprentissage de la complexité », selon l'expression de la professeure Mireille Delmas-Marty.

La troisième table ronde, quant à elle, a été consacrée aux nouvelles frontières de la compliance qui s'étend, avec son appropriation par les acteurs économiques, les régulateurs, les juges et les acteurs de la société civile, à de nouveaux domaines et branches du droit : domaine pénal, avec un terrain préventif où la compliance s'est introduite dans la lutte anticorruption et un terrain répressif où les frontières sont repoussées dans l'intérêt général avec la justice pénale négociée et les conventions judiciaires d'intérêt public jusque dans le domaine environnemental ; domaine audiovisuel où les règles de la compliance deviennent un élément central de la bonne régulation du secteur ; domaine numérique où les mécanismes de compliance prévus par les règlements européens « DMA » et « DSA » devront faire



leurs preuves et être précisés par la Commission avec l'aide des États membres et des parties prenantes. Les débats ont ainsi mis en évidence la dimension extraterritoriale de la compliance et l'importance du cadre européen dans lequel les principes et les limites fixés par le juge de l'Union sont cruciaux.

Je remercie vivement la Cour de cassation qui s'est associée à la section du rapport et des études, – aujourd'hui la section des études, de la prospective et de la coopération –, du Conseil d'État pour l'organisation de cette journée riche d'enseignements sur ce sujet qui constitue à la fois un défi majeur à relever pour les juges de tous ordres, mais également une opportunité de trouver par la force des traditions des solutions nouvelles pour mieux saisir l'avenir, dans le cadre d'un projet européen humaniste et dans un monde juridictionnel plus ouvert que jamais.





# Programme du colloque

---

## 9h30 – Propos introductifs

**Didier-Roland Tabuteau**, vice-président du Conseil d'État

**Christophe Soulard**, Premier président de la Cour de cassation

**François Molins**, procureur général près la Cour de cassation

## 10h15-12h00 – Table ronde n° 1 : Une compliance ou des compliances ?

### *Modérateur*

**François Molinié**, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

### *Intervenants*

**Marie-Anne Barbat-Layani**, présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF)

**Jean-Yves Ollier**, conseiller d'État

**Daniel Calleja y Crespo**, directeur général du service juridique de la Commission européenne

### *Rapporteur*

**Christine Guéguen**, première avocate générale de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

## 14h00-15h30 – Table ronde n° 2 : Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ?

### *Modérateur*

**Vincent Vigneau**, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

### *Intervenants*

**François Ancel**, conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation

**Astrid Mignon Colombet**, avocate associée du cabinet August Debouzy

**Lucien Rapp**, professeur à l'université de Toulouse-Capitole, professeur affilié à HEC

### *Rapporteur*

**Alain Seban**, conseiller d'État

### **15h45-17h15 – Table ronde n° 3 : Quelles nouvelles frontières pour la compliance ?**

#### ***Modérateur***

**Christophe Chantepy**, président de la section du contentieux du Conseil d'État

#### ***Intervenants***

**Roch-Olivier Maistre**, président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)

**Paul Nihoul**, juge au Tribunal de l'Union européenne, professeur à l'UCLouvain

**Jean-François Bohnert**, procureur de la République financier au tribunal judiciaire de Paris

**Joëlle Toledano**, professeure émérite des universités, associée à la chaire Gouvernance et régulation de l'université Paris Dauphine-PSL, membre du Conseil national du numérique (CNNum) et de l'Académie des technologies

### **17h15-17h30 – Séance de clôture**

**Marie-Anne Frison-Roche**, professeure d'université, directrice du *Journal of Regulation & Compliance* (JoRC)



## **Didier-Roland Tabuteau**

*Vice-président du Conseil d'État*

Diplômé de l'École Polytechnique, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Louise Michel », Didier-Roland Tabuteau est également docteur en droit et titulaire de l'habilitation à diriger des recherches. À l'issue de sa scolarité à l'ENA, il rejoint le Conseil d'État, où il exerce les fonctions de rapporteur à la section du contentieux (1984-1988) et à la section sociale (1987-1988). Il occupe ensuite trois ans les fonctions de conseiller technique puis de directeur adjoint du cabinet du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection civile (1988-1991), avant de revenir au Conseil d'État au poste de commissaire du Gouvernement, désormais dénommé rapporteur public (1991-1992). À partir de 1992, il est successivement directeur du cabinet du ministre de la santé et de l'action sociale (1992-1993), directeur général de l'Agence du médicament (1993-1997), directeur adjoint du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité (1997-2000) et directeur de cabinet du ministre de la santé (2001-2002). Lors de ses deux retours au Conseil d'État en 2000 et 2002, il est nommé assesseur à la section du contentieux. Il prend ensuite la tête de la fondation « Caisses d'épargne pour la solidarité », qu'il dirige pendant plus de sept années (2003-2011). En 2011, Didier-Roland Tabuteau revient au Conseil d'État à la section du contentieux et à la section sociale, dont il est président-adjoint (2017-2018) puis président (2018-2022). Il est nommé vice-président du Conseil d'État le 5 janvier 2022.

---

Monsieur le Premier président,  
Monsieur le Procureur général,  
Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
Monsieur le directeur général des services juridiques de la Commission,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues,

Je suis très heureux d'ouvrir aujourd'hui la 7<sup>e</sup> édition des Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Ces colloques permettent tous les deux ans de prolonger le dialogue sur des questions que nous saisissons, dualité de juridiction oblige, par des angles différents. Après avoir porté en 2019 sur le droit du travail, et en 2021 sur celui de l'environnement, nous nous réunissons aujourd'hui autour du thème du rôle du juge dans le cadre du passage « *de la régulation à la "compliance"* ».

Alors que l'émergence du droit positif s'est historiquement accompagnée d'un contrôle accru par l'État du respect de ce droit, la compliance repose sur une forme de réinternalisation du respect de principes, au sein des personnes morales et singulièrement des entreprises. Elle désigne d'abord un ensemble de processus d'entreprises et d'organisations visant à détecter, à sanctionner, mais plus encore à prévenir les infractions et les méconnaissances de la réglementation qui pourraient être commises en leur sein.

Avec l'internalisation de ces procédures de conformité, la puissance publique n'aurait plus à intervenir : c'est le rêve – ou le cauchemar ? – d'un monde sans politique et sans juge, où tous les acteurs s'autorégulent ou, pour le dire comme le professeur Alain Supiot, d'une gouvernance par les nombres<sup>1</sup>.

La compliance a pris son essor sous l'influence de plusieurs facteurs.

D'abord, elle prolonge la régulation qui, elle-même, s'est pour partie substituée à la réglementation, l'État intervenant moins dans l'économie et se faisant davantage grand assemblé et garant des pratiques des acteurs, que producteur lui-même de biens ou de services.

Ensuite, le droit de la compliance va souvent avec la croyance dans l'incapacité des États d'atteindre des objectifs globaux et souvent transfrontaliers. Ce sont les « *buts monumentaux* » qu'évoque la professeure Frison-Roche<sup>2</sup> : la protection globale et de l'environnement, la stabilité financière mondiale, ou encore la lutte contre le financement de groupes terroristes et toutes formes de discours de haine. L'action classique de la puissance publique serait dans ce cadre moins efficace que l'action de l'ensemble des acteurs assurant la conformité au but recherché, avec pour sanction possible le risque de réputation ou le détournement des investisseurs.

Comme le relève le président Fabien Raynaud dans un article sur ce sujet<sup>3</sup>, le juge administratif paraît de prime abord éloigné de la *compliance*. D'une part car la logique de la compliance, en se fondant sur l'intériorisation de la norme par les acteurs, vise justement à éviter le recours aux procédures contentieuses. D'autre part parce que les obligations qui pèsent avant tout sur les entreprises ressortissent essentiellement du droit privé et donc du juge judiciaire. Toutefois, s'il n'intervient pas directement, le juge administratif connaît de ces mutations du droit au travers du contrôle de la régulation, de celui du droit souple qui assure une continuité entre le droit de la régulation et celui de la compliance, et enfin de l'examen d'objets juridiques nouveaux, à la frontière du droit public international et de la compliance, comme l'accord de Paris qui vise aussi bien les États que les entreprises. Son contrôle des textes par rapport auxquels la compliance se positionne rétroagit sur celle-ci, les entreprises développant leurs contrôles *ex ante* au regard des possibles sanctions *ex post*. Ce contrôle se fait toujours de manière extérieure, indépendante

1 A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Cours au collège de France (2012-2014), éd. Fayard, 2015.

2 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2022, 520 p.

3 F. Raynaud, « Le juge administratif et la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2023, pp. 473-478.



et impartiale, quand celui de la compliance est par construction interne. En cela, le travail du juge assure aussi le maintien de la confiance à l'égard du droit.

Pour comprendre ce travail du juge, il faut revenir sur ces mouvements du droit qui ont conduit la puissance publique à aller du gouvernement d'un nombre restreint de domaines à la régulation de pans entiers de l'économie, puis de la régulation à la *compliance* qui se développe aujourd'hui pour bon nombre de secteurs (1).

Le droit de la régulation inspire largement le droit de la compliance. Le juge administratif, qui contrôle une bonne part de la régulation intrinsèquement liée à la police administrative prend donc des décisions qui ont un impact direct sur les normes qui sont le fondement du contrôle de conformité *via* la compliance (2).

Au-delà de la régulation, les juges administratifs, leurs offices et leurs outils, se sont adaptés à l'émergence du droit de la compliance. C'est ce que démontrent notamment les contentieux relatifs au droit souple, mais également les décisions dans des secteurs comme l'environnement ou les données personnelles, domaines dans lesquels des objets juridiques nouveaux mobilisent États et entreprises afin d'atteindre des objectifs transfrontaliers (3).

## **1. L'émergence de la compliance, après la régulation et la règlementation, crée un nouveau cadre dans lequel s'inscrit le travail du juge.**

**1.1.** Après les Trente Glorieuses, l'économie dirigée a d'abord cédé le pas à celui de la régulation, avec l'essor du libéralisme économique, la consécration du principe de libre concurrence et la libéralisation des échanges extérieurs.

Ces principes ont amené l'État à se retirer, ou du moins à ouvrir à la concurrence certains secteurs dont il assurait auparavant la direction ou dans lesquels il intervenait directement comme producteur de biens et de services. Ce fut le cas du secteur de la fourniture d'énergie<sup>4</sup>, de transports<sup>5</sup> ou de télécommunications<sup>6</sup>.

L'État n'a pas, pour autant, abandonné toute action. Par la voie de la régulation, il s'est affirmé comme le garant du bon fonctionnement du marché selon des principes concurrentiels qu'il inscrivait progressivement dans les législations. Il a également obligé les acteurs à concilier le principe de libre concurrence avec d'autres intérêts publics parfois antagonistes<sup>7</sup> comme le droit de l'environnement ou le droit des données personnelles.

Ce tournant de la régulation s'est incarné dans l'essor d'autorités sectorielles<sup>8</sup>, en particulier le Conseil supérieur de l'audiovisuel – devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), l'Autorité des marchés

4 Par exemple, l'entreprise GDF a été privatisée en 2008.

5 Par exemple, l'entreprise Air France a été privatisée en 2004.

6 Par exemple, l'entreprise France Télécom a été privatisée en 2004.

7 S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2010, 2<sup>e</sup> édition, pp. 28-32.

8 Auxquelles des règles communes s'appliquent, selon que ce sont des autorités publiques indépendantes, dotées de la personnalité morale, et les autorités administratives indépendantes, qui en sont dépourvues – voir les lois organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, et ordinaire n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.



financiers (AMF), l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), ou encore l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), dont on sait le rôle que le Conseil a joué dans sa création<sup>9</sup>, occupe dans ce cadre une place particulière, à la frontière de l'économie dématérialisée et de la garantie des droits fondamentaux.

**1.2.** C'est dans ce cadre que s'inscrit le développement de la *compliance*. Bien sûr, tout organisme peut mettre en place des procédures afin de vérifier le respect d'objectifs qu'il se fixe et limiter les risques qui pèsent sur lui, qu'ils soient juridiques ou d'une autre nature.

Toutefois, l'inscription dans le droit d'obligations de moyens de cette nature, est récente<sup>10</sup>. D'abord, dans certains domaines comme la lutte contre la corruption ou la violation d'embargo, l'amplitude de la compétence des autorités américaines avait déjà confronté les acteurs français à ces exigences.

Ensuite, la régulation française et européenne elle-même a pu s'appuyer sur des obligations de *compliance*, en particulier dans les secteurs de la banque<sup>11</sup> et des assurances.

Enfin, la logique de *compliance* a été reprise dans le droit français applicable aux entreprises en générale par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>12</sup>, dite loi Sapin 2. Le Conseil d'État a eu à connaître de cette loi au stade de son projet, dans ses fonctions consultatives. D'autres lois imposent de mettre en place des mécanismes de prévention, comme celle du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>13</sup>. Leur respect ressortit essentiellement du juge judiciaire.

Les instruments de la régulation ont connu une évolution semblable : ainsi par exemple de la CNIL qui peut prononcer non seulement des amendes, des rappels à l'ordre mais également des injonctions de « mise en conformité »<sup>14,15</sup>.

---

9 Le rapport annuel 1969-1970 du Conseil d'État pointait sur les risques d'atteintes de l'informatique aux libertés individuelles. Il a été suivi du Rapport Tricot de juin 1975 – du nom du conseiller d'État, rapporteur général de la Commission informatique et libertés mise en place en novembre 1974, qui a servi de base à la loi Informatiques et libertés de 1978 (qui a mis en place la CNIL).

10 Voir notamment : E. Breen, « La "compliance", une privatisation de la régulation ? », *in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2019, n° 2, éd. Dalloz, p. 332 et suiv.

11 Voir, par exemple, le règlement n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne, modifié notamment par l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

12 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.

13 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Cette loi impose à l'article premier (modifiant l'article L. 225-104-3 du code de commerce à la mise en place d'un plan de vigilance pour les sociétés au-delà d'un certain nombre de salariés.

14 Notamment prévue à l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

15 De telles injonctions se retrouvent dans le code de la consommation, aux articles L. 521-1 et suivants.



Le juge administratif peut être saisi de ces questions dans le cadre du *continuum* qui lie la régulation et la *compliance*, et sans lequel cette dernière n'aurait pas d'assises solides.

## **2. Le juge administratif, en assurant la régularité de la réglementation et de la régulation, modifie naturellement le droit de la compliance qui a notamment pour vocation d'en assurer le respect.**

**2.1.** Sans réglementation, sans régulation qui fixe des objectifs, les normes intériorisées par les acteurs privés pourraient être sans sanction. Ce droit de la compliance pourrait subir la critique qu'adressait Charles Peguy à la morale kantienne qui « *a les mains pures* » mais qui « *n'a pas de main*<sup>16</sup> ».

À commencer par la promesse d'autorégulation des marchés, avec une pure sanction par le marché des déviances. Que l'on pense seulement aux crises financières de 2007 et 2008 dont certaines causes résident dans l'insuffisance de règles de fond et d'un véritable contrôle externe, auxquelles n'ont pas permis de remédier les procédures interne de contrôle des risques<sup>17</sup> et dont les conséquences ont mené les acteurs publics à agir en limitant les faillites des acteurs peu précautionneux.

La *compliance*, qui repose sur des contrôle *ex ante* qui peuvent appuyer l'efficacité de la régulation, tire son caractère impératif des obligations qui sont faites aux entreprises et des sanctions *ex post* qui peuvent frapper l'entreprise. Cet arrimage fort au droit de la régulation et à la réglementation est souhaitable et même nécessaire en démocratie. Il permet d'assurer que les objectifs poursuivis par la compliance soient finalement ceux de la loi, votée par le peuple ou par ses représentants.

C'est dans le cadre de la hiérarchie normative, qui assure *in fine* le respect de la norme démocratique, que le juge administratif contrôle la réglementation et la régulation. Il censure ainsi un arrêté qui impose des obligations de *compliance* aux opérateurs de jeux ou de paris, car il méconnaissait les dispositions du décret en Conseil d'État qui limitait le respect de telles obligations à un nombre plus restreint de personnes<sup>18</sup>.

**2.2.** Le droit de la compliance est ainsi, avant toute chose, la continuation et non le remplacement du droit de la régulation. Il permet de mobiliser l'ensemble des acteurs au-delà des frontières : l'acteur privé qui doit mettre en place des procédures pour rester sur un marché régulé pourra étendre ces procédures au-delà des frontières de ce marché et donc de la juridiction en cause.

---

16 Ch. Peguy, Victor-Marie, comte Hugo (octobre 1910) La Pléiade, t. III, pp.331-332 : « le kantisme a les mains pures mais il n'a pas de main ».

17 A. Geslin, « Le champ de la régulation », in *RFDA*, 2010, pp. 731-733.

18 CE, 10 juillet 2020, *Syndicat X*, n° 430172 : annulation d'une disposition d'un arrêté ministériel en tant que celui-ci impose aux personnes mentionnées au 9° de l'art. L. 561-2 du code monétaire et financier, ainsi que, le cas échéant, à la société mère du groupe auquel elles appartiennent, l'élaboration et la transmission d'un rapport annuel « sur l'organisation du dispositif de contrôle interne ainsi que sur les incidents survenus, les insuffisances constatées et les mesures correctrices qui y ont été apportées » alors que le décret en Conseil d'État prévu par le III de l'article L. 561-32 du même code a prévu, aux articles R. 561-38-6 et R. 561-38-7 de ce code, de n'imposer l'élaboration et la transmission d'un tel document qu'aux personnes assujetties au dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme mentionnées aux 1° à 2° sexes, 6° et 6° bis de l'article L. 561-2 du même code.



Ce lien étroit avec la régulation explique le rôle essentiel du juge administratif qui en assure le plein contrôle. Il existe en effet un droit au recours contre les actes de toutes les autorités, fussent-elles indépendantes<sup>19</sup>.

Le juge administratif contrôle dans ce cadre de manière complète les éventuelles sanctions administratives adoptées pour assurer le respect des normes de régulations<sup>20</sup>. Il se reconnaît ainsi le pouvoir de substituer une sanction à celle fixée par le régulateur, et applique comme le juge pénal le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères<sup>21</sup>, le principe de personnalité des peines<sup>22</sup> ou le principe *non bis in idem*<sup>23</sup>, notamment. Il participe ainsi à la définition des justes sanctions que prennent nécessairement en compte les acteurs privés dans leurs processus de *compliance*, suivant des principes similaires à ceux du juge pénal et qui pourront être mis en regard aujourd’hui.

La jurisprudence en matière de données personnelles offre une utile illustration de cet arrimage du droit de la compliance sur le droit de la régulation classique. Pour ne pas avoir respecté ses obligations en matière de recueil de consentement de ses utilisateurs pour le dépôt de cookies, la CNIL a sanctionné Google. Cette sanction de 100 millions d’euros<sup>24</sup> a ensuite été validée par le Conseil d’État au contentieux dans un arrêt du 28 janvier 2022<sup>25</sup>. Il a notamment relevé que chaque autorité nationale est compétente pour contrôler le respect du RGPD sur le territoire de l’État membre dont elle relève<sup>26</sup>. On ne peut douter que les procédures internes des entreprises du numérique prendront en compte cet acte de régulation, validé en droit par le juge, pour assurer le respect du consentement des utilisateurs.

De la même manière, le juge administratif contrôle les sanctions prises pour le non-respect d’obligations de *compliance*, comme celle prononcée par l’autorité de contrôle prudentiel contre un établissement qui n’avait pas mis son responsable de la conformité en situation d’assumer effectivement ce rôle<sup>27</sup>.

Toutefois, au-delà de ce contentieux classique des sanctions qui rejaillit sur le droit de la compliance, le juge administratif connaît de contentieux qui ont trait

19 CE, 10 juillet 1981, *Retail* ; CC, décisions du 18 septembre 1986 et du 17 janvier 1989.

20 Dans la lignée de la décision CE Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, Rec. 26, qui ouvre la voie du plein contentieux pour les recours contre les sanctions infligées à un administré, le Conseil d’État a jugé que les recours dirigés contre des sanctions des autorités de régulation étaient des recours de plein contentieux. Voir, notamment, CE, 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357 s’agissant des sanctions prononcées par l’Autorité de contrôle prudentiel et CE Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal*, n° 353856 s’agissant des sanctions prononcées par le CSA.

21 CE Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926.

22 CE Sect., 22 novembre 2000, *Société Crédit agricole Indosuez Chevreux*, n° 207697.

23 CE, 30 mai 2007, *M. Dubus et Société Dubus*, n° 283888.

24 60 millions d’euros pour la société Google LLC et 40 millions d’euros pour la société Google Ireland Limited

25 CE, 28 janvier 2022, *Sociétés Google LLC et Google Ireland Limited*, n° 449209

26 Conformément à l’article 55 du 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 (règlement général sur la protection des données (RGPD)).

27 CE, 5 novembre 2014, *Société X*, n° 371585, inédit : Rejet d’un recours contre une sanction prononcée par l’Autorité de contrôle prudentiel et motivée notamment par le fait que l’établissement de crédit n’a pas mis son responsable de la conformité en situation d’assumer effectivement ce rôle.



aux formes propres à la *compliance* : le contentieux du droit souple, et même des normes à la frontière du droit international public et de la conformité qui portent autant sur les acteurs publics que privés.

### **3. Le juge administratif se saisit pleinement d'enjeux ayant trait à la compliance, en adaptant son contrôle à l'échelle de normativité graduée dans laquelle s'inscrivent de plus en plus les règles de droit.**

**3.1.** Le juge administratif a d'abord admis la contestation devant lui d'actes de droit souple. Ceux-ci sont de plus en plus employés par les acteurs publics comme courroie de transmission entre le « droit dur » et les procédures de *compliance* que mettent en place les entreprises.

Du droit souple, on peut d'abord rappeler que le Conseil d'État a accompagné l'usage et l'encadrement, dans sa fonction de prospective et d'amélioration des politiques publiques.

L'étude annuelle de 2013<sup>28</sup> sur le droit souple y voyait ainsi, dans certaines hypothèses, l'opportunité de pallier des insuffisances du droit classique ou même de s'y substituer de manière pérenne lorsque les circonstances l'exigent. Il s'en est d'ailleurs lui-même saisi, avec par exemple dès 2011 l'adoption par la juridiction administrative d'une charte et d'un collège de déontologie, auxquels la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires<sup>29</sup> est venue donner un fondement législatif. Preuve d'ailleurs que les procédures de compliance ne sont pas limitées aux acteurs privés et entrent de plus en plus dans les usages des personnes publiques, portant de nouvelles questions pour le juge administratif.

Au contentieux, dès 1970, le juge administratif avait accepté de contrôler des orientations générales, qualifiées à l'époque de directives<sup>30</sup> (aujourd'hui de lignes directrices). Mais ce contrôle a été singulièrement renforcé ces dernières années, avec l'acceptation d'un contrôle des recommandations générales des autorités de régulation rédigées de manière impérative<sup>31</sup> ainsi que des recommandations de bonnes pratiques dont la méconnaissance est susceptible de donner lieu à une sanction<sup>32</sup>.

L'élargissement de ce contrôle a été achevé par des arrêts d'assemblée du 21 mars 2016, société Fairvesta International et société Numericable<sup>33</sup>, rendus à propos d'une mise en garde de l'Autorité des marchés financiers et d'une prise de position de l'Autorité de la concurrence.

Par ces décisions, le Conseil d'État a ouvert la voie du recours en annulation à l'encontre des avis, recommandations, mises en garde et prises de position des

28 Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, éd. La Documentation française, Paris, 2013.

29 Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

30 CE, sec., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*.

31 CE, 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*.

32 CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'Ordre des médecins*.

33 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083 et 368084, Rec. et CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, Rec.



autorités de régulation qui, bien que dépourvus de caractère décisoire, sont de nature à produire des effets notables, en particulier de nature économique, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Le critère de l'effet notable est un critère pragmatique qui peut être mis en regard avec toutes les raisons pour lesquelles les entreprises imposent des contrôle *ex ante* de conformité : risque de condamnation notamment par une autorité de régulation, risque réputationnel vis-à-vis de consommateurs ou d'investisseurs, ou encore risques systémiques dans des secteurs comme celui de la banque avec des phénomènes de perte de confiance ou « *bankrun* ». Pour n'être pas décisores, ces actes dorénavant contrôlés peuvent avoir de forts retentissements sur les acteurs et sont généralement pris en compte dans le cadre des procédures internes de compliance.

**3.2.** En outre, le juge administratif connaît de normes qui servent de références pour les procédures de mise en conformité des acteurs privés mais qui visent également les autorités publiques. C'est le cas par exemple de l'accord de Paris, auquel le juge administratif confère une valeur interprétative de la loi adoptée pour sa mise en œuvre directe. En effet, c'est expressément pour mettre en œuvre cet accord que le législateur a adopté les dispositions du code de l'énergie et de l'environnement fixant des objectifs de réduction des émissions carbone<sup>34</sup>, et c'est donc à la lumière de cet accord que ces normes peuvent être interprétées.

Cet accord de Paris se veut en effet le plus global possible : non seulement il concerne les entreprises<sup>35</sup>, qu'il incite à agir en conformité avec ses objectifs<sup>36</sup>, mais il agit surtout comme une forme de norme de droit souple applicable aux États eux-mêmes. Chaque État signataire s'engage à atteindre l'objectif commun à une date donnée, selon des modalités que chacun fixera lui-même<sup>37</sup>. Cet accord, et la place qui y est faite en droit national, traduit donc une forme d'hybridation de différents droits<sup>38</sup>,

---

34 Voir : points 11 et 12 de l'arrêt CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autres*, n° 427301.

35 Voir en particulier : M.-P. Blin-Frandhomme, « Quel rôle pour l'entreprise après l'accord de Paris ? », in *Revue juridique de l'environnement*, spécial 2017.

36 Le paragraphe 135 de l'Accord de Paris « Invite ces « entités non parties » [comprenant les acteurs économiques] à amplifier leurs efforts et à appuyer des mesures destinées à réduire les émissions, et/ou renforcer la résilience et diminuer la vulnérabilité aux effets néfastes des changements climatiques, – et à faire état de ces efforts par le biais du portail des acteurs non étatiques pour l'action climatique visé au § 118 ». Le paragraphe 118 énonce porte sur les « efforts déployés par les entités non parties afin de développer leurs actions en faveur du climat, et encourage l'affichage de ces actions sur le portail des acteurs non étatiques pour l'action climatique »

37 F. Raynaud, *Le juge administratif et la compliance*, *Ibid.*

38 Cette hybridation des différents droits se retrouve également par exemple s'agissant des obligations en matière de polluant de l'air. Des textes, dont la logique est proche de celle qui impose des plans de conformité aux acteurs ayant méconnu des obligations légales, obligent à respecter des valeurs limites de polluants (obligation de résultat) ou à défaut à mettre en place des plans relatifs à la qualité de l'air pour atteindre ces seuils (obligations de moyens). Épousant la logique de ces textes, le juge administratif assure le strict contrôle de leur respect (voir en particulier les articles L. 221-1 et R. 221-1 du code de l'environnement, ainsi que les articles L. 222-4 et L. 222-5 du même code, transposant respectivement les articles 13 et 23 de la directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 (dite « Qualité de l'air ») et CE, 10 juillet 2020, liquidation, association Les Amis de la Terre (chronique : C. Malverti, C. Beaufls, Une exécution sommaire, in *AJDA*, 2020, p.1776)).



qui posera certainement à l'avenir des questions contentieuses et relatives à l'office du juge<sup>39</sup>.

On voit ainsi se dessiner de nouveaux types de normes hybrides, liées aux nouvelles frontières de la *compliance*. Celle-ci s'étend largement au-delà du secteur des banques et des assurances, pour atteindre le droit de l'environnement ou la liberté d'expression et les droits fondamentaux dans le domaine numérique : l'adoption, en 2022, de deux règlements européens importants en la matière, le DMA et surtout le DSA, conduisent à étendre la logique de la *compliance* à la régulation des grandes plateformes de réseaux sociaux. Les délimitations entre la réglementation, la régulation et la compliance portent avec elles une cohorte de questions inédites. Ce colloque sera l'occasion de s'interroger sur ces nouveaux enjeux.

## Conclusion

Mesdames et Messieurs, le doyen Carbonnier mentionnait la possibilité d'îlots de non-droit, c'est-à-dire de « *L'absence de droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait vocation théorique à être présent* »<sup>40</sup>. Il est vrai que certains pensent qu'en l'absence de droit, la société s'organiserait d'elle-même de manière optimale, comme grâce à une main invisible<sup>41</sup>. La seule sanction serait alors une sanction sociale, ou une sanction du marché.

La manière dont ont été introduites les pratiques de mise en conformité dans le droit français et européen s'est fondée sur une autre vision. Ces pratiques doivent servir l'efficacité de la régulation, grâce à la mobilisation de tous les acteurs. C'est aussi ce qu'incarne la place du juge dans le contrôle qu'il opère tant des actes de régulations, qu'ils s'articulent ou non avec la compliance, que du droit souple.

Si le développement de la compliance pose des questions, en particulier sur ses frontières et en regard sur celles du droit de la régulation administrative, civile ou pénale, ce sont notamment les juges, judiciaire comme administratif, qui seront amenés au gré des contentieux à apporter des réponses. Ils devront dans ce cadre s'assurer que ces évolutions ne se font au détriment ni de la clarté du droit pour nos concitoyens, ni de la capacité d'action de la puissance publique rendue plus que jamais nécessaire face aux périls transfrontaliers actuels. L'introduction de la compliance ne peut pas créer des îlots de non droit.

Les échanges de ce colloque entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, avec le concours de tous ceux qui participent au service de la justice et qui réfléchissent à ses évolutions, apporteront j'en suis certain d'utiles réflexions sur ce rôle du juge dans le cadre de l'émergence chaque jour accru de la compliance et des questions nouvelles qu'elle pose.

---

39 Certaines questions se posent déjà, en particulier devant la Cour européenne des droits de l'homme, sur l'articulation entre l'accord de Paris et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales (voir : affaire *Carême c. France* (requête n° 7189/21), en cours de délibéré.

40 J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. philo. droit*, 1963, p. 55 sq.

41 Voir : A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776. Voir également : les écrits de L. Walras, *Éléments d'économie politique pure*, 1874, selon lequel l'équilibre est atteint dans une économie de concurrence pure.



## **Christophe Soulard**

*Premier président de la Cour de cassation*

Magistrat de formation, Christophe Soulard a exercé les fonctions de juge d'instance au tribunal de Metz, de référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), de directeur de l'Institut européen de formation en droit communautaire, de conseiller référendaire à la Cour de cassation, de premier vice-président du tribunal de grande instance (TGI) de Metz, et de conseiller, puis de doyen de section à la Cour de cassation. Christophe Soulard a par ailleurs été professeur associé à l'université de Strasbourg, puis à l'université de Lorraine. Il a donné de nombreux cours et est intervenu à l'École nationale de la magistrature (ENM), au Centre de de formation à la profession d'avocats, à l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et au Centre européen universitaire de Nancy. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et de nombreux articles portant principalement sur le droit de l'Union européenne et sur le droit douanier. Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2017, Christophe Soulard est nommé Premier président de la Cour de cassation en 2022.

---

Monsieur le vice-président,  
Monsieur le Procureur général,  
Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
Monsieur le directeur général des services juridiques de la Commission,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Mesdames et Messieurs,

Je suis particulièrement honoré de participer à ce colloque commun qui favorise le dialogue entre nos juridictions respectives et démontre la volonté de nos deux institutions d'agir de conserve. Dans une période où règne l'incertitude, cette coopération est essentielle. Ce dialogue entre la Cour de cassation et le Conseil d'État prend bien évidemment de multiples formes, notamment celle de colloques conjoints. C'est ainsi que, depuis 2011, tous les deux ans, un colloque sur un sujet d'intérêt général est partagé.

Après avoir échangé sur les responsabilités en matière de santé et de justice, d'ordre public, ou encore, il y a deux ans, en matière d'environnement, le temps est venu aujourd'hui de nous intéresser à la compliance<sup>42</sup> ou plus exactement à l'évolution de la régulation vers la compliance et au rôle du juge en la matière.

Qu'entend-t-on par droit de la compliance, quel est son champ d'application, quels sont les acteurs, quel est le rôle du juge, quels en sont les enjeux ? Tant de questions qui méritent que l'on consacre un colloque à ce thème passionnant et éminemment d'actualité, mais qui peut générer des inquiétudes, voire parfois du rejet.

---

<sup>42</sup> La compliance est « l'ensemble des *processus* qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ».



La compliance, ce nouveau pan du droit en construction qui bouleverse les cadres de références traditionnelles, nous dérouté et nous pousse à aller au-delà des apparences.

La compliance n'est-elle vraiment, comme elle peut le paraître de prime abord, qu'un amas de règles disparates subies par les entreprises ? Je suis convaincu du contraire. C'est en adoptant une vision en surplomb que l'on peut donner tout son sens à la compliance. La doctrine met d'ailleurs en avant une définition du droit de la compliance à partir des « buts monumentaux » qu'il sert : lutte contre la corruption et les trafics divers, lutte contre le réchauffement climatique, protection de l'environnement, lutte contre le terrorisme, préservation des droits sociaux, lutte contre la haine, la désinformation et la protection des données personnelles. La liste n'est évidemment pas limitative et le champ de la compliance est aujourd'hui considérable.

Comportant une dimension éthique manifeste, la compliance a pour objectif d'obtenir un effet systémique sur le monde en vue d'un avenir meilleur. Cette définition, à partir des « buts monumentaux » de la compliance, fait apparaître toute la complexité de cette nouvelle branche du droit. L'État ne peut pas parvenir seul à endiguer ces menaces et atteindre ces objectifs de très grande envergure. Il doit donc s'appuyer sur l'ensemble des acteurs qui disposent de la puissance nécessaire pour y parvenir, notamment les entreprises. Ce sont les entreprises qui détiennent les informations, ce sont donc elles qui sont en mesure de fournir les moyens de prévenir les actes dangereux.

Mais quelle est la place du juge dans ce dispositif ? Le thème même du colloque : « De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ? » peut sembler paradoxal puisque, comme le rappelait M. le vice-président, le droit de la compliance a été construit pour éviter le recours au juge. Les instruments de la compliance tels que les codes de conduite, les procédures d'alerte, les algorithmes ou encore les audits sont ainsi élaborés à l'initiative de l'entreprise pour évaluer le risque et éviter qu'il ne se réalise, et donc pour se passer du juge. Le droit de la compliance implique de par sa nature *ex ante* une forme d'autorégulation des entreprises. C'est-à-dire qu'il leur revient de mettre en place, sous le contrôle de diverses autorités, un dispositif interne pour s'assurer qu'elles mettent en œuvre le droit de la compliance et, le cas échéant, d'en sanctionner les manquements.

Les sources de ce droit sont diverses : il peut s'agir d'un contrat prévoyant une obligation de compliance, d'une décision imposée par une autorité judiciaire ou administrative, du choix d'une entreprise de se soumettre spontanément à certaines règles en mettant en place un programme de prévention ou encore de la loi. Je pense notamment à la loi « Sapin 2 »<sup>43</sup> qui oblige certaines entreprises à mettre en place, sous le contrôle de l'Agence française anti-corruption, un dispositif anti-corruption pour prévenir et détecter la corruption et le trafic d'influences, et à procéder notamment à une évaluation qui s'attache aux tiers avec lesquels elle travaille. Je pense aussi au devoir de vigilance qui, en vertu du code de commerce,

---

43 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.



oblige la société mère à adopter un plan de vigilance pour identifier et prévenir les risques liés aux activités de ces filiales, notamment en termes d'atteinte aux droits humains et à l'environnement.

On le voit, cette internalisation du droit de la compliance au sein des entreprises les conduit à poursuivre et, d'une certaine manière, à juger les parties prenantes avec lesquelles elles travaillent. L'entreprise devient, selon l'expression de Mme la professeure Marie-Anne Frison-Roche, « *procureure et juge d'elle-même, voire des autres* ». Cela peut surprendre. Comment l'entreprise pourrait-elle en toute impartialité se juger elle-même ? Certaines entreprises ont recours à des structures extérieures auxquelles elles acceptent de se soumettre. Ainsi, l'entreprise Meta, anciennement Facebook, a créé un conseil de surveillance aussi appelé *oversight board* chargé de la modération du contenu des réseaux sociaux de l'entreprise pour garantir la liberté d'expression. Lorsque l'entreprise a pris la décision de retenir un contenu, ce conseil de surveillance dispose de l'autorité nécessaire pour départager l'entreprise et l'utilisateur qui conteste la décision de cette dernière.

Au-delà du juge, au-delà du rôle du juge joué par les entreprises elles-mêmes, je voudrais évoquer un deuxième point qui peut étonner lorsqu'on s'intéresse au rôle du juge dans la compliance. Tous les magistrats ne sont pas des juges au sens strict, et dans la phase *ex ante* du droit à la compliance, c'est le magistrat du parquet qui joue un rôle prééminent. Les articles 41-1-2 et 41-1-3 du code de procédure pénale permettent en effet au procureur de la République de proposer à une personne morale mise en cause, notamment pour des délits environnementaux ou de corruption, de conclure une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Cette convention permet d'éteindre l'action publique. Seul le procureur de la République peut proposer à la personne morale cette mesure qui a été introduite par la loi « Sapin 2 », et la personne morale s'engage alors à se mettre en conformité et à prendre des mesures telles que l'édition d'un code de bonne conduite, l'établissement d'un dispositif d'alerte, une cartographie des risques, etc.

Mais quelle place *stricto sensu* reste-t-il au juge ? Une place essentielle : soutenir que le juge est absent en matière de compliance serait ignorer ce qui se passe dans les prétoires.

Bien sûr, lorsque l'on évoque le juge en matière de compliance, le juge pénal est le premier à venir à l'esprit. C'est lui notamment qui valide la convention judiciaire d'intérêt public, mais le droit de la compliance, s'il est souvent regardé sous le prisme de la sanction pénale, et nous avons en tête quelques affaires médiatisées, ne concerne pas seulement ce droit. « *C'est une notion étrange qui relève autant du droit privé que du droit public, du droit interne que du droit européen* » nous précise Mme la professeure Frison-Roche. Toutes les branches sont concernées. Si le droit pénal est effectivement la branche la plus visible, le droit des sociétés, le droit des contrats par le biais des contrats de compliance ou des clauses de compliance, ou encore le droit de la responsabilité sont tout aussi importants. Nous sommes familiers de quelques décisions prises en la matière. Je pense notamment à celles rendues le 28 février 2023 par le tribunal judiciaire de Paris<sup>44</sup> qui constitue

44 TJ Paris, référé du 28 février 2023 RG 22/53942 et RG 22/53943.



les premiers épisodes, les premières réponses judiciaires des demandes fondées sur le devoir de vigilance des sociétés mères prévu par la loi du 27 mars 2017<sup>45</sup>. Bien qu'ayant déclaré irrecevables les demandes des associations à l'encontre de la société TotalEnergies, le tribunal a consacré des développements à ce texte en mentionnant que cette législation assigne aussi des « buts monumentaux » de protection des droits humains et de l'environnement à certaines catégories d'entreprises précisant *a minima* les moyens qui doivent être mis en œuvre pour les atteindre. Dès lors, il appartiendra à l'avenir au juge de préciser les contours des obligations des entreprises en matière de devoir de vigilance.

Je pense également à une décision rendue par la Cour de cassation, le 20 novembre 2019<sup>46</sup>, en matière commerciale, dans une affaire qui opposait une société à son agent commercial lequel n'avait pas renouvelé son adhésion et sa certification à la politique de lutte contre la corruption du groupe. La Cour avait conclu que, compte tenu des règles fixées par le programme de compliance, c'est de l'accord conclu. Le manquement de l'agent commercial à ses obligations contractuelles, en ce qu'il était susceptible d'engager la propre responsabilité de la société, était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis.

La compliance irrigue de nombreuses branches du droit. Il est évident que les juges seront amenés de plus en plus à traiter de plus en plus de questions en lien avec cette thématique, y compris d'ailleurs comme le souligne M. l'avocat général à la Cour de cassation, Olivier Douvreur, le juge du droit, malgré le caractère éminemment factuel de ces questions.

Comme je l'ai rappelé au début de mon intervention, la doctrine tend à définir la compliance par les buts monumentaux qu'elle se propose de servir. Ces buts d'ampleur touchent des matières de plus en plus nombreuses avec pour objectif de lutter contre des risques graves mettant en péril la sécurité de la société, mais aussi avec des buts positifs tels que tendre vers une égalité effective entre les êtres humains.

Comme le relève François Ancel, conseiller à la Cour de cassation, cette finalité justifie à elle seule l'intervention du juge, car elle participe de l'État de droit qui n'existe pas sans juge. C'est le juge qui, en tant que figure indépendante et impartiale, peut assurer la prééminence du droit tout en gardant à l'esprit les enjeux bien plus grands que sous-tend le droit de la compliance. C'est lui qui doit veiller à ce que droit et État de droit concordent toujours.

Vous l'aurez compris, la place qu'occupe le juge en droit de la compliance fait de lui un acteur à part entière, un acteur indispensable. Cette transformation de l'office du juge, insufflée par le droit de la compliance, nous rappelle inévitablement les mots de Mme la professeure Mireille Delmas-Marty : « *Il faut considérer le droit non pas comme un édifice immuable mais comme un processus évolutif qui appelle à réinventer des modèles* ».

45 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

46 Ccass., ch. com., 20 novembre 2019, n° 118-12.817.



Le droit de la compliance a renouvelé le modèle classique d'application du droit et de son contrôle. On peut mesurer l'inquiétude des entreprises par rapport à cette notion, les règles sans cesse plus contraignantes auxquelles il faut se conformer, le frein que peut sembler représenter la compliance au regard du développement de l'entreprise ou encore les coûts économiques et réputationnels qu'elle engendre, notamment en cas de sanction.

En dépit de ces inquiétudes bien légitimes, il semble qu'une nouvelle approche de la compliance tend à se développer dans les entreprises. Outil de compétitivité, de bonne gouvernance, facteur de confiance vis-à-vis du grand public, la compliance peut avoir un impact positif sur la performance de l'entreprise.

Au-delà des bénéfices économiques émerge une autre facette : la compliance comme facteur de progrès, appliquée volontairement par les entreprises qui souscrivent aux valeurs qu'elle véhicule et aux buts qu'elle sert. Car ainsi que nous l'avons dit, au-delà de toutes ces règles éparses, lourdes et contraignantes, apparaît l'unité d'un système convergent vers l'atteinte de certains objectifs dont la finalité ultime est la protection de la société, de la planète et de la personne humaine. C'est une finalité qui dépasse les frontières de notre pays et qui s'inscrit aussi dans un projet européen ; ainsi, tout récemment, le Parlement européen a durci la directive sur le devoir de vigilance<sup>47</sup>. On n'a pas le texte définitif de la directive, mais on est vraiment dans ce mouvement. Et c'est une finalité qui ne pourra prospérer que par le développement d'une culture de confiance et par l'alliance des différents acteurs du droit de la compliance à laquelle le Conseil d'État et la Cour de cassation participent activement.

Je me réjouis d'ailleurs de voir que sont présents à ce colloque dans l'assemblée les différents acteurs du droit de la compliance ; cet espace de dialogue est fondamental, car il nous permet de réfléchir ensemble à l'avenir de ce droit en pleine évolution auquel, en tant qu'individus, nous ne pouvons qu'être sensibles.

---

47 Commission européenne, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937.



## **François Molins**

*Procureur général près la Cour de cassation*

Titulaire d'une maîtrise en droit et ancien élève de l'École nationale de la magistrature (promotion 1977), François Molins commence sa carrière comme substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Carcassonne en 1979. Il a été successivement procureur de la République près le tribunal de grande instance de Montbrison (1986-1988) et procureur de la République près le tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône (1988-1991). Il est nommé substitut général près la cour d'appel de Bastia (1991-1993), puis il rejoint la cour d'appel de Lyon en qualité de substitut général, puis de secrétaire général du parquet général (1993-1996). En septembre 1996, il est nommé Premier procureur adjoint près le tribunal de grande instance de Lyon, aux fins d'assurer le suivi de l'action publique et l'animation de la lutte contre le trafic de stupéfiants et la criminalité organisée. François Molins devient procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Angers (2000-2001), avant d'être nommé directeur adjoint des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice. En 2004, il rejoint le tribunal de grande instance de Bobigny en qualité de procureur de la République. En juin 2009, il est nommé directeur de cabinet du ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, puis en novembre 2010, directeur de cabinet du ministre de la justice, garde des sceaux. Il exerce ensuite les fonctions de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris (2011-2018). Depuis novembre 2018, François Molins est procureur général près la Cour de cassation.

---

Monsieur le vice-président,  
Monsieur le Premier président,  
Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
Monsieur le directeur général des services juridiques de la Commission,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues,

Je suis très honoré de participer à ce colloque sur le rôle du juge dans le mécanisme de régulation et de compliance. Assurément, nous sommes entrés dans le temps de la compliance.

Mon prédécesseur, Jean-Claude Marin, dressait déjà ce constat en 2017. Toutefois, là où nous discutons encore des notions, de leurs origines américaines et de leur pertinence en droit français, la loi « Sapin 2 » venait à peine d'entrer en vigueur. Ces dernières années nous ont donné de très nombreux cas d'application, parfois spectaculaires, de sorte que cette matière que l'on peut qualifier de riche et de foisonnante ne cesse de nous poser de nouvelles questions.



## 1. La pluralité des acteurs

La première question est celle de la pluralité des acteurs impliqués et de la répartition des compétences en la matière. Comme l'a démontré M. le vice-président, l'administration et ses agents jouent un rôle prépondérant. Les administrations sont en effet des acteurs taillés sur mesure pour remplir les fonctions de régulation et d'intervention. Aussi, les nombreuses autorités administratives indépendantes se font remarquer par leur empreinte de plus en plus forte sur l'économie, notamment par l'infliction d'un manque parfois spectaculaire. Ce travail de régulation et ses nombreuses décisions de sanctions participent chacune à la construction d'une culture de la compliance, tant par leurs motivations que par leurs modalités de publication et de communication comme l'a souligné le président de la formation restreinte de la CNIL, Alexandre Linden.

Toutefois, dans son étude sur *Les pouvoirs d'enquête de l'administration*<sup>48</sup>, le Conseil d'État lui-même a reconnu que, si ce travail de contrôle est nécessaire pour obtenir des résultats dans les différents domaines concernés, force est de constater aujourd'hui leur foisonnement et l'éparpillement des textes au détriment de la sécurité juridique que la compliance devrait pourtant également garantir. L'autorité judiciaire et ses magistrats se voient en fait reconnaître leurs compétences par tâtonnement. L'autorité judiciaire a, elle aussi, commencé à tenir son rang face à ces nouveaux enjeux, le rôle novateur du parquet, en particulier le parquet national financier, dans la justice négociée en est sans doute l'illustration la plus spectaculaire ; j'y reviendrai.

Le juge du siècle, quant à lui, se découvre de nouvelles compétences au gré de nouveaux contentieux qu'il arbitre pour trancher le litige relatif à la demande d'inscription de résolutions climatiques à l'ordre du jour des assemblées générales d'actionnaires. L'Autorité des marchés financiers (AMF) ayant décliné sa compétence, le Haut Comité juridique de la place financière de Paris a estimé, dans un rapport important de décembre 2022<sup>49</sup>, que le tribunal de commerce devait être compétent.

Pourtant, dans un autre domaine important de la compliance en matière de devoir de vigilance des entreprises, c'est le tribunal judiciaire qui a vu sa compétence progressivement affirmée. L'affaire *TotalEnergies* est particulièrement riche à cet égard après des péripéties jurisprudentielles sur la compétence d'attribution entre tribunal judiciaire et tribunal de commerce de Nanterre, le législateur a finalement confié la compétence exclusive de toutes ces actions au tribunal judiciaire de Paris.

Dans ses deux décisions du 28 février 2023<sup>50</sup>, le juge des référés, pourtant juge de la prévention, a invité les parties à saisir le juge du fond dans cette affaire débattue tout récemment (31 mai 2023). Ce sont bien ces premiers tâtonnements qui construisent en fait le rôle du juge dans cette matière. Par ailleurs, outre le rôle prépondérant des associations, ce contentieux naissant a permis au tribunal

48 Étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État du 15 avril 2021.

49 HCJP, *Rapport sur l'obligation de discrétion des administrateurs*, 15 décembre 2022.

50 TJ Paris, juge des référés, 28 février 2023, *Association Les Amis de la Terre c. TotalEnergies*, n° 22/53942 et n° 22/53943.



judiciaire de Paris de faire appel à des *amici curiæ* composés de trois universitaires, dont Mme la professeure Marie-Anne Frison-Roche dont je tiens à saluer la présence à ce colloque, au sein de l'institution judiciaire et jusqu'à la Cour de cassation. Je suis personnellement convaincu que l'*amicus curiæ*<sup>51</sup> pourrait être un nouvel outil très pertinent, afin d'éclairer utilement les juridictions sur la portée des décisions à prendre dans des domaines particulièrement techniques ou nouveaux.

## 2. Un concert en quête d'harmonie

En effet, vous l'avez compris, de cette pluralité d'acteurs naît un concert, une polyphonie. Aussi, la compliance est aujourd'hui construite dans le dialogue continu de ses acteurs : juges nationaux, juges européens, administrations et acteurs privés.

Ainsi, par exemple, en matière d'accès des mineurs aux sites pornographiques, ce n'est qu'après avoir mis en demeure les plateformes vidéos de se conformer à en empêcher l'accès que le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), constatant leur inexécution, a finalement saisi le juge judiciaire.

Toutefois, le risque de cette polyphonie est qu'elle devienne cacophonie pour le justiciable au détriment de la sécurité juridique. À ce titre, de nombreux avocats regrettent encore, je les cite, « *la difficile appréhension des droits de la défense par les autorités de contrôle en matière de compliance* ». Il est vrai que les enquêtes internes soulèvent encore et souvent des questions de droit inédites, qui sont autant de défis pour les nombreux acteurs de la compliance.

Cette première problématique générale de la pluralité des acteurs en amène une autre, plus particulière, qui me tient à cœur, qui a trait au rôle des procureurs dans ce domaine. Ce rôle est déjà bien établi en matière pénale financière. Le procureur est déjà investi d'un rôle essentiel en matière financière à travers ce que j'évoquais précédemment : le mécanisme de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

Grande nouveauté introduite par la loi « Sapin 2 », et accueillie avec beaucoup de curiosité et aussi de scepticisme, la CJIP a depuis vu son champ d'application considérablement étendu. Elle est devenue l'un des mécanismes les plus connus de la compliance.

En effet, la CJIP oblige la personne morale pour l'avenir autant qu'elle la sanctionne pour le passé. L'attractivité de cette convention est d'autant plus méritée que le parquet national a réalisé sur ce plan un travail considérable en définissant régulièrement des lignes directrices pour la conclusion de tels accords. Il est à l'origine en fait d'une véritable politique pénale de compliance qui rayonne en réalité bien au-delà des entreprises conventionnées, en incitant les entreprises tierces à mettre en place des *processus* de mise en conformité.

---

51 Personnalité ou organisme, non directement lié aux protagonistes d'une affaire judiciaire, qui propose au tribunal de lui présenter des informations ou des opinions pouvant l'aider à trancher l'affaire. La décision sur l'opportunité d'admettre le dépôt de ces informations ou de ces opinions est à la discrétion du tribunal.



La réussite de cette procédure doit aussi beaucoup au travail réalisé par l'Agence française anticorruption (AFA), car chaque CJIP prévoit la mise en œuvre d'un programme de conformité supervisé par l'AFA qui, s'il n'est pas respecté, va permettre la reprise des poursuites pénales. Cette obligation, ô combien plus efficace qu'une simple condamnation par les juridictions répressives, par le juge pénal donc, permet d'assurer un réel suivi dans le but de remédier aux mauvaises pratiques.

Le rôle du procureur, va, je crois, encore être précisé en matière environnementale. En effet, depuis la création des CJIP environnementales les différents parquets, à tout le moins quelques-uns, ont relevé ce nouveau défi en concluant des conventions en matière de délits de pollution comprenant notamment des programmes de conformité, prévoyant des remises en état et des engagements. Ce dont je ne peux que me réjouir, car le groupe de travail du parquet général à la Cour de cassation sur le traitement pénal du droit de l'environnement, que j'ai eu l'honneur de présider, avait justement recommandé d'encourager le recours à la CJIP environnementale.

Pourtant, contrairement à la matière fiscale en matière de fraude fiscale et aux atteintes à la probité, il n'existe pas actuellement de parquet spécialisé en matière environnementale ; et les procureurs ont parfois été livrés à eux-mêmes face à cette matière très technique. C'est pourquoi le groupe de travail que j'ai mentionné préconisait également une réelle spécialisation des magistrats en charge de ce contentieux avec une formation renforcée.

Par ailleurs, l'éparpillement territorial actuel des compétences risque d'affaiblir l'attractivité du mécanisme et de fragiliser la sécurité juridique indispensable pour les justiciables, car ce contentieux nécessite également des lignes directrices communes et des interlocuteurs de confiance pour les avocats spécialisés de cette justice pénale négociée. Le groupe de travail que j'évoquais à ce propos recommandait de confier le suivi des sanctions administratives à une autorité administrative indépendante. Ces missions pourraient être inspirées de celles de l'AFA en matière de lutte contre la corruption, afin d'assurer le suivi des sanctions de mises en conformité de la CJIP environnementale<sup>52</sup> et produire des normes non contraignantes pour renforcer la prévention en amont. Nous sommes, là encore, au cœur du domaine de la compliance et de son évolution.

Enfin, il me semble que le rôle du procureur devrait être également européenisé. Alors que les autorités judiciaires nationales s'investissent encore trop peu dans la lutte contre la criminalité environnementale, le procureur européen français, Frédéric Baab, suggère une rupture, un transfert de compétences au profit du parquet européen. Cette solution m'apparaît d'autant plus pertinente en matière de compliance qu'elle permettrait de construire un véritable ordre public

---

52 Comme décrit dans l'étude d'impact du 27 novembre 2020, la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a pour but, en créant la convention judiciaire d'intérêt public environnementale (CJIPE), de développer et de renforcer les mécanismes transactionnels en droit pénal de l'environnement afin de perfectionner la réplique pénale en cette matière, « *tout en prenant en compte les spécificités propres à ce contentieux technique et complexe* » (étude d'impact, p. 152).



environnemental européen, un tel acteur pourrait ainsi façonner, sur le modèle de la compliance en matière de probité, une compliance environnementale qui s'imposerait dans les relations commerciales à l'échelle européenne.

### **Conclusion**

Pour conclure, j'aimerais prendre un court instant pour apprécier le chemin considérable parcouru en quelques années sur toutes ces questions, et songer aux défis qu'elles commencent tout juste à soulever. Un important travail de réflexion sur ces mutations est plus que jamais nécessaire, et ce colloque, j'en suis certain, pourra très utilement y contribuer durant les discussions qui seront présidées par MM. les présidents Molinié, Vigneau et Chantepy.





# Une compliance ou des compliances ?

Cette table ronde dresse un état des lieux des matières concernées par la compliance, tant en ce qui concerne la réglementation, le droit souple, la jurisprudence que les pratiques des acteurs.

Comme cela fut le cas pour le droit de la régulation, c'est tout d'abord à travers les secteurs techniques régulés, notamment la finance, la banque, les transports et les télécommunications, que les pratiques de compliance se sont développées. Se sont donc constitués, en prolongement des régulations propres à chaque secteur, des méthodes et des outils de compliance par lesquels les opérateurs régulés travaillent avec les régulateurs pour que les buts poursuivis dans le cadre de la compliance soient atteints.

De cette pluralité peut émerger un système unifié de compliance, par-delà la spécificité des approches sectorielles ; mouvement favorisé par le cadre européen ainsi que par les entreprises elles-mêmes qui portent en pratique les outils de la compliance et développent souvent leur activité économique dans plusieurs secteurs.

Ce mouvement d'unification pourrait également être favorisé par l'existence d'objectifs transversaux comme la sécurité, la lutte contre le changement climatique, la discrimination et la haine sur Internet, ou encore la protection et le bon usage des données personnelles.

## Sommaire

Biographie des intervenants.....	33
Actes de la table ronde.....	37
Échanges avec la salle.....	89



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis 2005, François Molinié exerce au sein du cabinet Piwnica & Molinié. Parallèlement à son activité professionnelle, il effectue de nombreuses missions pour l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il est, notamment, membre du bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation (2006-2012), chargé d'enseignements de l'Institut de formation et de recherche des avocats aux Conseils (Ifrac) (2012-2016) et délégué de l'Ordre pour la mise en place de la dématérialisation des procédures devant le Conseil d'État et la Cour de cassation (2006-2016). Ancien membre du conseil de l'Ordre, il est élu président de l'Ordre en 2020 ; il a pris ses fonctions le 1<sup>er</sup> janvier 2021. François Molinié est également vice-président de la Société de législation comparée.

## Intervenants

### **Marie-Anne Barbat-Layani**

*Présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF)*

Diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris et de l'École nationale d'administration, ancienne élève du *Master of Politics* de l'université de New York, Marie-Anne Barbat-Layani a entamé sa carrière en 1993 à la direction générale du Trésor comme adjointe au secrétaire général du Club de Paris, puis adjointe au chef du bureau énergie, mines et télécoms du service des participations de l'État. En 1997, elle rejoint la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne à Bruxelles en tant qu'attachée financière en charge des dossiers concurrence, aides d'État, et services financiers. Trois ans plus tard, elle intègre le cabinet du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en tant que conseillère technique en charge des affaires européennes. De 2000 à 2007, elle se voit confier, au sein de la direction générale du Trésor, les fonctions de cheffe du bureau des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et de secrétaire générale du Comité national de l'euro, au sein du service de financement de l'État et de l'économie, puis les fonctions de sous-directrice banques et financements d'intérêt général. En 2007, Marie-Anne Barbat-Layani devient directrice générale adjointe de la Fédération nationale du Crédit agricole (FNCA). Elle rejoint, en 2010, le cabinet du Premier ministre en tant que directrice adjointe du cabinet. De 2012 à 2014, elle rejoint l'Inspection générale des finances. De 2014 à 2019, elle assure la direction générale de la Fédération bancaire française et de l'Association française

des banques. En 2019, elle se voit confier le secrétariat général des ministères économiques et financiers, dont elle est également haut fonctionnaire de défense et de sécurité. Marie-Anne Barbat-Layani préside le comité permanent relatif à la protection des investisseurs (*Investor Protection Standing Committee*) de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), et co-préside, avec Nikhil Rathi, CEO de la *Financial Conduct Authority* (FCA) Royaume-Uni, le Comité sur la stabilité financière (*Financial Stability Engagement Group*) de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV). Marie-Anne Barbat-Layani est présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF) depuis le 26 octobre 2022.

### **Jean-Yves Ollier**

*Conseiller d'État*

Diplômé de l'institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un diplôme d'études approfondies d'histoire, Jean-Yves Ollier est ancien élève de l'École normale supérieure et de l'École nationale d'administration (ENA). Il a débuté sa carrière en 1995 au Conseil d'État, où il exerce aujourd'hui les fonctions d'assesseur et de juge des référés. Adjoint au chef du service économique et commercial à la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne de 1999 à 2001, il y a suivi les questions commerciales multilatérales et les relations transatlantiques. Après avoir été chargé d'audits stratégiques au sein du groupe AXA (2001-2004), il a été responsable des activités de droit public et de droit de l'environnement de deux cabinets d'avocats (2004-2011). Directeur général de la commission de régulation de l'énergie de 2011 à 2017, il a présidé le réseau des régulateurs économiques de l'OCDE (2017). Il a été membre de l'autorité de supervision indépendante des redevances aéroportuaires (2018-2019) et vice-président de la Commission des recours de l'agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie (2016-2021). Il est l'auteur, avec Godefroy Beauvallet, d'un rapport au Gouvernement sur l'organisation de la régulation des plateformes numériques (2019). Il est chargé d'un enseignement sur le droit et les institutions de la régulation au sein du master Industries de réseaux et économie numérique (IREN) et sur le droit de l'intelligence artificielle à l'institut catholique de Paris.

### **Daniel Calleja y Crespo**

*Directeur général du service juridique de la Commission européenne*

Daniel Calleja y Crespo a débuté sa carrière au sein de la Commission en qualité de membre du service juridique (1986-1993). Au cours de cette période, il a représenté la Commission devant la Cour de justice de l'Union européenne dans de nombreuses affaires. De 1993 à 2004, il a travaillé dans les cabinets de plusieurs commissaires, dont le président de la Commission européenne, en qualité de conseiller sur les questions de transport et de concurrence, des aides d'État et de l'application du droit communautaire. Entre 1999 et 2004, il a été chef de cabinet de la vice-présidente en charge des transports et de l'énergie. De 2004 à 2011, il a été directeur du transport aérien à la DG MOVE (mobilité et transports). Par la suite, il a été directeur général de la DG Environnement de 2015 à 2020, après avoir été directeur général de la DG GROW (marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME) de 2012 à 2015, et directeur général adjoint de la DG ENTR (entreprises



et industrie), en charge des PME, de 2011 à 2012. Daniel Calleja y Crespo est directeur général du service juridique de la Commission européenne depuis le 15 juillet 2020.

## Rapporteur

### **Christine Guéguen**

*Première avocate générale de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Magistrate, Christine Guéguen a exercé les fonctions de juge au tribunal de grande instance de Sens, juge d'instance au tribunal d'Auxerre, avant d'être détachée au service de l'inspection de la Commission des opérations de bourse (COB). Nommée conseiller référendaire à la Cour de cassation, elle a siégé pendant huit ans à la chambre commerciale, financière et économique, puis a été détachée au Conseil d'État pour exercer les fonctions de maître des requêtes. Elle a ensuite rejoint la direction des affaires civiles et du sceau en qualité de sous-directrice du droit économique, puis l'Autorité des marchés financiers (AMF) en qualité de conseillère du président de la Commission des sanctions et directrice de l'instruction et du contentieux des sanctions. De retour à la Cour de cassation en qualité d'avocate générale à la chambre criminelle, elle a été nommée en janvier 2016 présidente du Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C), avant de revenir début 2021 à la Cour de cassation comme première avocate générale de la chambre commerciale, financière et économique.





# Actes – Une compliance ou des compliances ?

---

---

**François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,*  
**modérateur de la table ronde**

Une compliance ou des compliances ? Tel est le thème choisi pour cette première table ronde où nous allons procéder à l'exercice assez délicat de dresser un état des lieux du sujet de ce colloque commun entre le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Disons-le d'emblée, le juriste français n'est pas toujours à l'aise avec le terme de compliance ; cela d'autant plus que cette expression ne se trouve pas dans le dictionnaire, ce qui constitue déjà une première difficulté alors même qu'il s'agit pourtant d'un mouvement durablement installé.

L'objet de cette table ronde va donc consister à dresser un panorama avec différentes focales et dans différents secteurs. Nous en connaissons la complexité. Elle a été rappelée dans les différents propos introductifs.

Cette difficulté tient à ce que l'on ne sait pas toujours qui est l'auteur des règles à respecter. Il existe là des phénomènes de coproduction dont on n'identifie pas toujours les véhicules juridiques. Dans ce contexte, nous n'avons plus le confort de la loi, du règlement ou de l'arrêt ; on constate qu'un certain nombre d'acteurs produisent un certain nombre de règles. La question qui se pose alors est de savoir s'il existe un droit de la compliance, ou s'il faut raisonner au travers d'une approche purement sectorielle.

Pour aborder ces différentes questions, nous recevons trois personnalités qui vont pouvoir nous éclairer sur ce sujet complexe. Dans un premier temps, je donnerai la parole à Mme Barbat-Layani, présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF), puis à M. Ollier, conseiller d'État, ancien directeur de la Commission de la régulation de l'énergie (CRE), et enfin à M. Calleja y Crespo, directeur général du service juridique de la Commission européenne. À la fin de ces interventions, Mme Guéguen, Première avocate générale à la chambre commerciale de la Cour de cassation, aura la délicate tâche de nous proposer une synthèse des différents éléments qui auront été présentés.

Nous commençons donc notre séance avec l'intervention de Mme Barbat-Layani, car c'est probablement au sein du secteur des marchés financiers et de la bourse que l'on a vu les premiers phénomènes de compliance arriver en France.

Madame la présidente, vous avez la parole.

---

**Marie-Anne Barbat-Layani**

*Présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF)*

Jesuis très heureuse de me retrouver parmi vous, et je remercie très chaleureusement Madame la présidente de Boisseffre de m'avoir conviée à participer à ce colloque sur un sujet passionnant : « De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ? », et à intervenir dans cette première table ronde en tant que présidente de l'Autorité des marchés financiers autour du thème : « Une compliance ou des compliances ? ».

La compliance s'impose en effet comme l'outil essentiel de la régulation financière sur lequel s'appuie largement l'AMF dans l'exercice de ses missions. Elle peut être définie comme l'ensemble des actions, dispositifs et procédures par lesquels les acteurs économiques s'assurent du respect de la conformité de leurs activités, non seulement aux règles de droit, mais aussi à certaines normes éthiques, comportementales, ou professionnelles. La compliance ne concerne pas seulement le respect de dispositions légales en vigueur, elle intègre également le respect de normes éthiques, d'origine française ou internationale, parfois définies par les acteurs eux-mêmes.

Au regard de la sophistication croissante de la réglementation, des activités et des acteurs du monde financier, la compliance constitue un moyen indispensable et pragmatique d'impliquer les acteurs de marché dans un effort permanent de respect de la norme, mais également de les amener à mieux anticiper et prévenir les risques, y en associant pleinement les différents métiers de l'entreprise, ainsi que les organes de gouvernance. La compliance conduit ainsi à dépasser l'opposition classique entre, d'un côté, les autorités qui produisent les normes et en assurent le respect, et, de l'autre côté, les entreprises qui les appliquent. Elle est indispensable, car elle permet d'internaliser au sein des acteurs économiques le contrôle du respect de normes très nombreuses dans le domaine financier, et de plus en plus dans des domaines transversaux.

Plus que la simple mise en œuvre de procédures visant au respect de la norme, la compliance a vocation à se muer progressivement en une culture interne économique, témoignant d'une appropriation grandissante, sur les plans organisationnel et comportemental, de la norme, mais également de l'éthique, par les acteurs privés. Cette montée en puissance de la compliance participe de l'essor de la responsabilité sociale des entreprises.

Pour les acteurs économiques, la compliance est désormais, bien au-delà des obligations légales, un outil essentiel de gestion des risques et de pilotage. Elle leur permet de mieux appréhender les risques et les exigences légales. Plus encore, l'existence de dispositifs de compliance robustes est un avantage concurrentiel indéniable, qui est de plus en plus pris en compte et valorisé par les investisseurs. En ce sens, la compliance est un enjeu d'attractivité pour les acteurs eux-mêmes, mais également, et plus généralement, pour la Place de Paris.

La compliance est un prolongement du droit de la régulation en ce qu'elle impose aux acteurs économiques de mettre en œuvre eux-mêmes des moyens spécifiques au service de l'effectivité de la norme et de l'éthique des affaires, facilitant ainsi la régulation de ces acteurs et de leurs marchés. En ce sens, la compliance a pu être décrite comme « *l'internalisation mondiale d'une régulation publique locale dans les entreprises supranationales, désignées comme agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux* »<sup>53</sup>. Cette internalisation de la régulation est particulièrement opérante dans le secteur financier.

Sans attendre l'essor international de la compliance portée par des modèles anglo-américains, le droit français et le droit européen ont depuis longtemps imposé la mise en place, dans le secteur financier, de programmes de conformité et de dispositifs de contrôle interne dont le développement a été accompagné, favorisé et parfois même initié par les autorités de régulation. J'évoquerai donc, dans un premier temps, le rôle précurseur du secteur financier en matière de compliance (1).

À cet égard, je voudrais signaler d'emblée la spécificité de la *compliance financière* qui reste une compliance « sectorielle » comparativement à des compliances plus « transversales », qui ont vocation à s'appliquer à plusieurs secteurs d'activité, comme par exemple celles relevant du droit des données personnelles, du devoir de vigilance des entreprises, de dispositifs anti-corruption ou de dispositions visant à lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. La compliance est un enjeu de réputation et de compétitivité pour les acteurs financiers et, plus généralement, pour la Place financière de Paris dans son ensemble. Elle est aujourd'hui au cœur de la gouvernance des acteurs régulés. Elle est aussi un enjeu majeur de régulation pour l'AMF qui œuvre activement à la mise en place et à l'effectivité des programmes de compliance. À ce titre, elle intervient *ex ante* dans le cadre de son pouvoir normatif et d'agrément. J'y reviendrai dans un deuxième temps (2).

S'adaptant aux nouveaux enjeux du secteur financier, la compliance s'impose dans des domaines nouveaux : elle a vocation à s'étendre aux acteurs du monde des crypto-actifs et jouera un rôle majeur dans le nouveau cadre normatif de la finance durable, permettant à l'AMF d'assurer plus efficacement ses missions de régulation dans ces matières plus récentes. Ce sera l'objet de la troisième partie de mon intervention (3).

Ne soyons pas excessivement optimistes, cependant. La compliance reste une matière en construction, avec ses limites et les nouveaux risques qu'elle induit elle-même, comme celui d'une approche purement formelle et désincarnée de la gestion du risque. En outre, si d'importants progrès ont été accomplis, l'efficacité des programmes de compliance reste parfois insuffisante. Des défaillances dans la mise en œuvre de ces programmes sont observées. C'est la raison pour laquelle, au-delà de son pouvoir normatif, l'AMF, sous le contrôle du juge, doit veiller *ex post*

53 M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la compliance*, éd. Dalloz, Paris, 2016, p. 1871. En ce sens, « *le droit de la compliance consiste à internaliser le droit de la régulation dans les entreprises en «position» de rendre mondialement effectif celui-ci* » (M.-A. Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, coéd. Journal of Regulation et Dalloz, coll. Régulations, 2017, p. 9).



à l'application des règles et procédures de conformité dans le cadre de son pouvoir répressif. J'y reviendrai à la fin de mon propos (4).

## 1. Le rôle précurseur du secteur financier en matière de conformité

Préfigurant la conformité que nous connaissons aujourd'hui, les normes et les programmes de « conformité » se sont développés de manière plus précoce en matière financière que dans d'autres secteurs régulés (audiovisuel, données personnelles, télécommunications, énergie, etc.).

Plusieurs raisons expliquent le rôle précurseur du secteur financier en matière de conformité : l'ancienneté d'une réglementation complexe encadrant les activités de marché, l'implication de professionnels régulés dans de nombreuses activités financières, la globalisation ancienne des marchés financiers qui a favorisé l'essor progressif de standards internationaux et surtout l'existence de risques systémiques – identifiés parfois à l'occasion de crises ou de fraudes – que les pouvoirs publics ont très tôt voulu limiter et encadrer.

Il est d'ailleurs classique de faire remonter l'origine de la conformité à la crise de 1929 et à la réforme du système financier et bancaire aux États-Unis qui a suivi. Cette crise est à l'origine de la régulation financière moderne, avec la création de la *Securities and Exchanges Commission* (SEC) instituée par le *Securities Exchange Act* de 1934, qui a façonné les premières obligations de conformité. Cette crise est également à l'origine de la création du *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) par le *Glass-Steagall Banking Act* de 1933, et des premières normes en matière bancaire et prudentielle visant à assurer une gouvernance efficiente des banques, afin de préserver la sécurité des déposants, la stabilité du système financier, et les grands équilibres économiques.

Les pouvoirs publics, et notamment les régulateurs, ont très tôt accompagné et parfois imposé le développement de normes en matière de « conformité ». Dans leurs champs de compétence respectifs, la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF) ont ainsi imposé la mise en place de dispositifs de contrôle interne et de gestion des risques. Le régulateur boursier a également favorisé la diffusion d'une culture de la conformité dans le cadre d'actions pédagogiques et d'un accompagnement des acteurs régulés.

En janvier 1987, par exemple, le président de la COB avait chargé un groupe de travail, présidé par Gilles Brac de La Perrière, de proposer des recommandations en matière de « déontologie des activités financières »<sup>54</sup>. La lettre de mission indiquait qu'il paraissait « *nécessaire qu'à l'instar de ce qui se passe à l'étranger, les principes auxquels les intermédiaires et leur personnel doivent conformer leur action, ainsi que les règles de conduite qu'ils doivent observer, soient énoncés avec la plus grande clarté possible* »<sup>55</sup>. Le rapport du groupe présidé par Gilles Brac de La Perrière a dégagé plusieurs principes fondamentaux devant s'imposer à l'ensemble des intermédiaires financiers.

54 Rapport général du groupe de déontologie des activités financières, bull. COB, mars 1988, n° 212, supplément.

55 Lettre de mission du président de la Commission des opérations de bourse, Yves Le Portz, à Gilles Brac de La Perrière.



La « déontologie » des activités financières préfigure la compliance que nous connaissons aujourd’hui. Ces règles déontologiques ont été élaborées par les professionnels<sup>56</sup>, en accord avec les autorités responsables de l’organisation et du fonctionnement des activités concernées.

Palliant les insuffisances de l’autorégulation, ces initiatives ont été consacrées et renforcées par l’intervention du législateur, au niveau national et européen.

La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières a ainsi marqué une étape important dans le développement et la mise en œuvre de procédures de contrôle interne en France<sup>57</sup>. Cette loi a imposé aux prestataires de services d’investissement de « *respecter des règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations* »<sup>58</sup>.

Ces règles de bonne conduite, établies par le CMF et la COB, les obligeaient notamment à « *se conformer à toutes les réglementations applicables à l’exercice de leurs activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de leurs clients et l’intégrité du marché* »<sup>59</sup>.

En matière financière, la construction européenne a par ailleurs joué un rôle majeur dans le développement de dispositifs de conformité convergents dans les différents États membres.

Parmi les textes importants, la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d’instruments financiers (dite directive « MIF ») a représenté une avancée considérable à cet égard. Cette directive a joué un rôle structurant dans le développement et dans la mise en œuvre de procédures de contrôle interne en Europe en imposant des « exigences organisationnelles » aux entreprises d’investissement. Il est notamment exigé que toute entreprise d’investissement mette en place « des politiques et des procédures permettant de garantir qu’elle-même ainsi que ses directeurs, ses salariés et ses agents liés respectent les obligations fixées dans les dispositions de [cette] directive, ainsi que les règles appropriées applicables aux transactions personnelles effectuées par ces personnes »<sup>60</sup>.

En matière financière, le développement de la compliance doit beaucoup à la construction de l’Union des marchés de capitaux à laquelle l’AMF contribue pleinement. Celle-ci a permis l’émergence d’un droit européen de la compliance, à la faveur de plusieurs textes majeurs comme la directive « MIF » ou le règlement « Abus de marché ». L’édification progressive d’un droit européen de la compliance se poursuit comme en témoignent, par exemple, l’adoption récente du règlement européen 2023/1114 du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs (« *Markets*

---

56 Voir not. « La COB et la moralisation des opérations financières, Les milieux boursiers invités à pratiquer l’autodiscipline », in *Le Monde*, 9 mars 1988 ; « La COB approuve le rapport Brac de La Perrière, Déontologie et autodiscipline pour les opérateurs boursiers », in *Le Monde*, 26 mars 1988.

57 Voir Marie-Noëlle Dompé, Les règles de bonne conduite, in Thierry Bonneau (dir.), *La modernisation des activités financières*, éd. GLN-Joly éditions, 1996, p. 205.

58 Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, article 58.

59 *Ibid.*

60 Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d’instruments financiers, article 13.2.



*in Crypto-Assets* » ou « MiCA »)<sup>61</sup> et le projet de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Il y a là un enjeu d'avenir essentiel de souveraineté et d'attractivité consistant pour l'Europe à promouvoir un modèle de compliance, et les règles, méthodes et valeurs qui en résultent, sans se laisser imposer un modèle exogène.

## **2. Une compliance *ex ante*, dans le cadre des pouvoirs normatifs et d'agrément de l'AMF**

Les entités régulées par l'AMF, comme les prestataires de services d'investissement, doivent respecter certaines règles d'organisation, concernant notamment la mise en œuvre de dispositifs de compliance que l'AMF est amenée à vérifier dans le cadre de son pouvoir d'agrément.

Ces règles sont largement issues du droit européen et ont été déclinées en droit interne, notamment dans le règlement général de l'AMF.

Entrée en application le 1<sup>er</sup> novembre 2007, la directive « MIF », qui avait pour objectif la construction d'un marché de capitaux plus intégré tout en renforçant la protection des investisseurs, a joué un rôle considérable dans le développement et dans la mise en œuvre de procédures de contrôle interne en Europe.

Ce *corpus* réglementaire a été considérablement renforcé par la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (dite directive « MIF2 ») qui contient de nombreuses dispositions intéressant directement la conformité des acteurs. Les nouvelles exigences réglementaires concernent aussi la transparence pré et post-négociation. Enfin, un rapport (en anglais, « *reporting* ») des transactions est mis en place.

Ce sont les mêmes objectifs de transparence et de protection des investisseurs qui ont guidé la rédaction du règlement européen « MiCA », qui a vocation à régir le marché des crypto-actifs et dont l'entrée en application est prévue de manière progressive. On y retrouve ainsi des dispositions relatives aux abus de marché, aux exigences de fonds propres et de communication sincère aux investisseurs, qui viendront ajouter des obligations en matière de compliance à un secteur encore peu régulé.

Une partie des dispositions issues des directives « MIF » ont été transposées en droit interne au sein du règlement général de l'AMF. C'est en particulier le cas des fonctions de conformité pour les prestataires de services d'investissement (PSI), y compris les sociétés de gestion de portefeuille (SGP).

En particulier, les articles 312-1 à 314-32 du règlement général de l'AMF définissent certaines exigences fondamentales des PSI non SGP en matière de conformité. À titre d'exemple, les PSI et les sociétés de gestion de fonds d'investissement alternatif (FIA) sont tenus de mettre en œuvre un dispositif de conformité et de

---

61 Règlement (UE) 2023/1114 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant les règlements (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937.



s'assurer de la responsabilité des instances dirigeantes, tels que cela est détaillé dans un règlement délégué de la Commission européenne<sup>62</sup>.

Les sociétés de gestion d'OPCVM ont quant à elles pour obligation d'établir et de maintenir opérationnelles des « *politiques, procédures et mesures adéquates visant à détecter tout risque de non-conformité aux obligations professionnelles mentionnées au II de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier ainsi que les risques en découlant et à minimiser ces risques* »<sup>63</sup>. Ces obligations professionnelles sont celles qui sont définies par les règlements européens, les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par l'AMF.

L'instauration de ces dispositifs de conformité ont pour objectif d'imposer aux PSI et SGP de se doter des moyens adéquats leur permettant de détecter un éventuel risque de non-conformité aux obligations professionnelles qui leur sont applicables. Ils devront alors y remédier pour s'assurer de la conformité de leur activité.

Dans le cadre de son pouvoir d'agrément, l'AMF examine un certain nombre de conditions, qui tendent à s'assurer de la compliance future de l'opérateur qu'elle s'apprête à agréer. C'est, par exemple, le cas des SGP pour lesquelles l'AMF vérifie notamment la qualité des actionnaires au regard de la nécessité de garantir une gestion saine et prudente, s'assure de l'honorabilité et de l'expérience des dirigeants, des conditions de la future activité, ou encore des politiques et des pratiques de rémunération<sup>64</sup>.

Les fonctions de responsable de la conformité illustrent cette internalisation croissante de la régulation par les acteurs économiques. Afin de s'assurer du respect des normes qui leur sont applicables, notamment en matière de règles d'organisation et de bonne conduite, les prestataires de services d'investissement doivent, en effet, se doter d'un responsable de la conformité. Pour les PSI (hors SGP), on parle de « responsable de la conformité pour les services d'investissement », ou RCSI. Pour les SGP, on parle de « responsable de la conformité et du contrôle interne » (RCCI).

Ces responsables de la conformité, qui doivent bénéficier d'une autonomie suffisante, ont pour mission de contrôler l'adéquation et l'efficacité des dispositifs de conformité. Ils sont également investis d'une fonction de conseil et d'assistance des dirigeants et salariés, afin qu'ils exercent leurs missions conformément aux obligations professionnelles qui leur sont applicables.

Ainsi, la conformité des acteurs au cadre réglementaire qui leur est applicable, est « internalisée » au sein des acteurs régulés par l'AMF, par le biais de la fonction de conformité. Le régulateur reste un maillon essentiel du dispositif puisque l'exercice de la fonction de RCSI et de RCCI est subordonné à la délivrance d'une carte professionnelle par l'AMF, délivrée après réussite à un examen<sup>65</sup>. L'AMF s'assure à cette occasion de l'honorabilité du demandeur, de sa connaissance des obligations

62 Articles 312-1 (PSI non SGP) et 318-4 (SGP de FIA) du règlement général de l'AMF.

63 Article 321-30 du règlement général de l'AMF.

64 Article L.532-9 du code monétaire et financier.

65 Article 312-20 du RGAMF pour les PSI ; article 318-20 pour les SGP de FIA ; article 321-33 pour les SGP d'OPCVM

professionnelles, et de son aptitude à exercer les fonctions de responsable de la conformité<sup>66</sup>.

Dans un souci d'accompagnement et de pédagogie, l'AMF produit une doctrine à l'intention des responsables de la conformité. En particulier, la position-recommandation n° 2014-06<sup>67</sup> constitue un guide relatif à l'organisation de la gestion des risques, de la conformité et du dispositif de contrôle au sein des sociétés de gestion de portefeuille. Cette doctrine a pour objectif de préciser les attentes de l'AMF en matière d'organisation de la gestion des risques, de la conformité et du dispositif de contrôle au sein des SGP. L'AMF entretient une relation à la fois « *d'exigence et de confiance* »<sup>68</sup> avec les responsables de la conformité. Cette exigence de l'AMF repose notamment sur un contrôle rigoureux des compétences et de l'honorabilité des candidats aux fonctions de responsables de la conformité, préalablement à la délivrance d'une carte professionnelle. Cette exigence perdure par la suite, à l'occasion notamment des opérations de contrôle au cours desquelles l'AMF peut examiner l'organisation, les moyens et l'efficacité d'un dispositif de conformité.

L'AMF organise annuellement une journée de formation des RCCI et des RCSI. L'objectif de cette manifestation, qui rencontre chaque année un vif succès, est de permettre aux RCSI et aux RCCI d'approfondir leurs connaissances et d'améliorer leurs pratiques professionnelles.

### **3. La compliance, un outil de régulation pour les nouveaux enjeux du secteur financier**

Historiquement, les dispositifs de conformité et de contrôle interne avaient principalement pour objectif de détecter les risques de non-conformité des prestataires de services d'investissement. S'adaptant aux nouveaux enjeux du secteur financier, la compliance s'impose désormais comme un outil de régulation pour de nouveaux acteurs, notamment ceux issus du monde des crypto-actifs, ainsi que pour le nouveau cadre normatif de la finance durable.

Souhaitant promouvoir l'innovation, l'AMF fait le choix d'accompagner le développement des acteurs du monde des crypto-actifs. À cet égard, l'AMF a favorisé l'émergence d'une réglementation adaptée à ces nouveaux enjeux dans la cadre de la loi « Pacte »<sup>69</sup>.

Ainsi pour les prestataires de services sur actifs numériques (PSAN), la délivrance d'un enregistrement est subordonnée à la vérification par l'AMF, en lien avec l'ACPR, de l'honorabilité et de la compétence des dirigeants, mais aussi de la capacité à se conformer aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>70</sup>. Un agrément peut aussi être demandé

66 Article 312-30 du RGAMF pour les PSI ; article 318-30 pour les SGP de FIA ; article 321-63 pour les SGP d'OPCVM

67 Position - recommandation AMF DOC-2014-06 : guide relatif à l'organisation du dispositif de maîtrise des risques au sein des sociétés de gestion de portefeuille.

68 B. de Juvigny, « La *compliance*, bras armé de la régulation », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, éd. Dalloz, coll. Régulations, Paris, 2017, p. 21.

69 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

70 Article L.54-10-3 du Code monétaire et financier.



auprès de l'AMF, qui vérifiera un certain nombre de conditions plus exigeantes, liées notamment à la gestion des conflits d'intérêts ou à la capacité financière de l'entité<sup>71</sup>.

Pour les PSAN agréés ou faisant l'objet d'un enregistrement renforcé en application de la loi du 9 mars 2023 dite « DADDUE »<sup>72</sup> (enregistrés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024), le droit français leur impose la mise en place d'un dispositif de sécurité et de contrôle interne adéquat<sup>73</sup>, la désignation d'un ou des responsables des fonctions de contrôle (contrôle de l'application de la réglementation du lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de gel des avoirs, gestion des risques, conformité, contrôle interne, ou encore surveillance d'une plateforme de négociation). Afin d'accompagner la place dans la mise en œuvre de ces nouvelles procédures, l'AMF a publié une doctrine (position n° 2020-07) relative au régime des prestataires de services sur actifs numériques.

Le règlement « MiCA », qui se substituera prochainement au régime français issu de la loi « Pacte », renforcera ces exigences. En application de l'article 68 de ce règlement « MiCA », les prestataires de services sur crypto-actifs (PSCA) devront adopter des politiques et des procédures de conformité suffisamment efficaces pour assurer le respect de ce nouveau cadre juridique. Le descriptif des « mécanismes, politiques et procédures de contrôle interne » devra être fourni dans le dossier de demande d'agrément.

Des questions d'articulation se posent parfois concernant la répartition formelle des compétences entre l'AMF et l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation (ACPR) telle qu'elle résulte des textes (dans le cadre du règlement « MiCA » notamment). Cela amène parfois à une réflexion sur une répartition « pratique » des compétences à convenir entre autorités pour assurer une coordination satisfaisante lorsque deux autorités disposent toutes deux, en droit, d'une compétence. Cette question peut se poser notamment en matière de règles de bonne conduite applicables aux entités ayant deux statuts.

Une difficulté peut subvenir pour les entités ayant un « double statut ». Ces entités, en raison de leurs activités transversales ou parce qu'elles opèrent dans plusieurs secteurs régulés, peuvent être soumises à des obligations de conformité relevant de différentes réglementations. Cela pose la question de l'articulation et de la cohérence des obligations sectorielles de conformité qui peuvent s'imposer à un même acteur. Cela pose également la question de la répartition des compétences entre les différents régulateurs impliqués comme, par exemple, l'AMF et l'ACPR en matière de crypto-actifs.

Il importe à cet égard de mettre en place des mécanismes, éventuellement de dialogue, entre autorités, qui permet d'aboutir à une décision unifiée ou cohérente alors que plusieurs régulations autonomes, voire contradictoires, sont légitimes à prétendre la régir. Cette question peut se poser notamment en matière de règles

71 Article L.54-10-5 du Code monétaire et financier.

72 Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture.

73 Article L.54-10-5 du code monétaire et financier.



de bonne conduite applicables aux entités soumises à deux statuts régulés. Une approche homogène de la compliance s'impose de la part des régulateurs dans l'intérêt de la cohérence du système juridique et de la prévisibilité de la régulation pour les acteurs concernés. À défaut, la juxtaposition de corps de règles « en silo », fonctionnant de manière autonome, sans approche et procédure cohérentes, serait de nature à créer des failles dans les systèmes de régulation, et pourrait même générer des risques systémiques.

L'AMF est pleinement consciente de cette exigence d'unité, à tout le moins de cohérence, en matière de compliance. Elle œuvre, lorsque cela est possible, à des solutions pragmatiques dans l'intérêt de la régulation, afin d'assurer une coordination satisfaisante lorsque deux autorités disposent toutes deux d'une compétence sectorielle. En témoigne notamment une position de doctrine<sup>74</sup> récente dans laquelle l'AMF appréhende le cumul du statut de PSAN avec celui d'autres statuts régulés (prestataire de services d'investissement, conseiller en investissement financier, etc.) en essayant d'aider les acteurs à dépasser la complexité réglementaire.

Conséquence de la montée en puissance de la responsabilité sociale et environnementale (RSE) et de la finance verte, l'essor des obligations en matière d'information extra-financière qui pèsent sur les entités régulées, mais également sur les émetteurs cotés, impose désormais aux dispositifs et aux fonctions internes de compliance d'assurer le respect de normes beaucoup plus ambitieuses en ce domaine.

Il y a un enjeu majeur pour l'avenir de la régulation financière, qui mobilise pleinement l'AMF. Le secteur financier doit s'adapter dans des délais réduits aux nouvelles exigences en matière de finance durable. Celles-ci résultent d'un nombre impressionnant de nouvelles réglementations françaises et européennes, qui modifient en profondeur la gouvernance et les établissements de rapports (« *reporting* ») des acteurs de marché.

C'est, par exemple, le cas de la loi « Énergie et climat »<sup>75</sup> qui impose aux acteurs économiques de faire état, d'une part, de l'impact de leur portefeuille sur le changement climatique et sur l'érosion de la biodiversité et, d'autre part, de la vulnérabilité de leurs portefeuilles sur ces deux thématiques. C'est aussi le cas de la création de labels, comme le label *ISR* ou le label *Greenfin*, dont l'objectif est d'offrir une meilleure visibilité aux organismes de placement collectif respectant les principes de l'investissement socialement responsable.

Au niveau européen, les réglementations SFDR et Taxonomie imposent de nouvelles normes en matière extra-financière pour différentes catégories de fonds. Il faut citer également la directive (UE) 2022/2464, dite « CSRD » (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), qui s'applique à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024 et modifie en profondeur les obligations d'information des entreprises, cotées ou non. Le renforcement des exigences de « *reporting* » de durabilité des sociétés

<sup>74</sup> AMF, position DOC-2020-07, questions-réponses relatives au régime des prestataires de services sur actifs numériques.

<sup>75</sup> Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.



est un élément clé du Pacte Vert pour l'Europe. L'objectif principal de la directive CSRD est d'harmoniser le « *reporting* » de durabilité des entreprises et d'améliorer la disponibilité et la qualité des données ESG publiées. Ces évolutions permettront de répondre aux besoins d'information des acteurs financiers, eux-mêmes soumis à des obligations de « *reporting* » ESG.

Priorité majeure pour l'AMF, la compliance liée à la finance durable constitue un enjeu considérable pour les fonctions de conformité. À cet égard, l'AMF accompagne les acteurs dans la mise en œuvre et l'articulation des nouvelles réglementations. Il s'agit de faire évoluer les pratiques, d'accroître la transparence, de faciliter la prise en compte des enjeux de durabilité par les investisseurs, et de favoriser l'allocation des capitaux au profit des activités plus durables. L'AMF se mobilise en ce sens, notamment *via* sa doctrine, à l'attention des acteurs concernées.

C'est notamment le cas de la position-recommandation n° 2020-03 qui concerne les « informations à fournir par les placements collectifs intégrant des approches extra-financières ». Cette doctrine vise à lutter contre l'écoblanchiment (en anglais, « *greenwashing* ») auquel s'adonnent certains acteurs financiers : l'AMF y précise les modalités de présentation de l'information extra-financière qui doit être proportionnée aux objectifs climatiques effectivement suivis par les fonds. Par ailleurs, le régulateur définit des standards minimaux applicables lorsque des caractéristiques extra-financières sont présentées comme un élément central de communication sur les produits financiers. Il s'agit de veiller à ce que la communication des placements collectifs sur leurs objectifs RSE soit en phase avec leur politique réelle d'investissement.

C'est également le cas du rapport commun AMF/ACPR sur « le suivi et l'évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place de Paris », qui comporte des préconisations à destination des acteurs régulés. Dans le dernier rapport, publié en octobre 2022, les travaux ont porté sur la gouvernance mise en place par les acteurs pour suivre leurs engagements climatiques.

Plus généralement, dans le cadre de ses rapports sur les approches extra-financières dans la gestion collective, mais également à travers son rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, l'AMF promeut le développement d'une compliance exigeante sur les nouveaux enjeux de la finance durable, en préconisant notamment de bonnes pratiques et, le cas échéant, en dénonçant les pratiques non conformes.

#### **4. Les risques et les limites de la compliance**

Notre approche de la compliance doit être exigeante et qualitative. Elle ne peut pas être une fin en soi, ni nous faire perdre de vue l'objectif des règles et des principes qui encadrent le secteur financier. S'il faut se réjouir des avancées permises par le développement de règles, de dispositifs et, plus généralement, d'une culture de compliance, il n'en demeure pas moins que le risque d'un dévoiement de ces principes ne doit pas être sous-estimé.



La compliance ne doit pas se réduire à une logique consistant à cocher des cases (en anglais, « *box-ticking* »), dans lequel les acteurs se préoccuperaient principalement de remplir abstraitement des cases prédéfinies, au profit d'une conformité de façade qui ne changerait rien, en pratique, à la culture de l'entreprise. Il faut dire à cet égard le risque que représente une approche trop formelle ou désincarnée de la compliance, dans laquelle les acteurs se contenteraient, tels des automates, de mettre en place des procédures, des dispositifs d'alerte, d'information et de « *reporting* », en perdant de vue que la compliance doit s'inscrire dans une culture d'entreprise, impliquer une responsabilisation de l'ensemble des acteurs et des métiers, en restant un outil parmi d'autres au service des projets, de la stratégie et de la raison d'être propre à chaque acteur.

Plus généralement, la compliance ne doit pas aboutir à une gestion standardisée des risques qui ferait perdre aux acteurs leur culture du risque et leurs facultés propres d'adaptation, d'innovation, de différenciation et d'anticipation.

L'AMF a pu constater à la fois des défaillances dans la mise en œuvre de dispositifs de compliance, mais également des défauts d'efficacité de certains de ces dispositifs. Dans le cadre de son pouvoir répressif, l'AMF peut sanctionner les acteurs qui ne respectent pas les règles applicables aux fonctions de conformité et de contrôle interne.

L'AMF s'est dotée d'un dispositif lui permettant de recevoir et de traiter les alertes portant sur des potentiels manquements à la réglementation dont elle assure la surveillance et qui garantit la confidentialité de l'auteur de la notification et des personnes visées, en application de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite loi « Sapin 2 »). L'instruction AMF n° 2018-13 détaille les modalités et les procédures applicables aux signalements des manquements précités.

Par ailleurs, le règlement général de l'AMF impose aux SGP de mettre en place un dispositif d'alerte, une procédure permettant à ses salariés, comme à toute personne physique agissant pour son compte, d'alerter le responsable de la conformité et du contrôle interne sur un dysfonctionnement ou une anomalie qu'ils auraient constatée au sujet de la conformité de l'entité<sup>76</sup>.

Ces dispositifs, inspirés de la pratique américaine de la dénonciation (en anglais, « *whistleblowing* »), favorise l'essor des alertes professionnelles en matière d'abus de marché et de manquement aux règles de compliance.

Les dysfonctionnements en matière de conformité peuvent aussi être détectés à l'occasion des contrôles diligentés par l'AMF<sup>77</sup>. L'objet de ces contrôles est de s'assurer que les professionnels régulés et les personnes physiques agissant pour leur compte respectent leurs obligations professionnelles. Ainsi, le contrôle d'une SGP ou d'un PSI peut permettre de détecter d'éventuels défauts de conformité.

L'AMF réalise notamment des contrôles dit « SPOT » (pour supervision des pratiques opérationnelle et thématique). Ce sont des contrôles courts, sur une

<sup>76</sup> Articles 318-57 et 321-92 du règlement général de l'AMF, respectivement pour les SGP de FIA et pour les SGP d'OPCVM.

<sup>77</sup> Article L.621-9 du code monétaire et financier.



thématique particulière, qui sont effectués chez des acteurs régulés et donnent lieu à une synthèse rendue publique. Ces contrôles donnent lieu à la publication d'une synthèse comportant un rappel complet de la réglementation concernant la thématique concernée, et des constats de bonnes et de mauvaises pratiques. Les synthèses « SPOT » constituent ainsi des guides pour les responsables de la fonction compliance sur une thématique particulière.

Lorsque des défauts de conformité sont détectés, l'AMF peut faire usage de son pouvoir répressif pour sanctionner les prestataires qui n'ont pas respecté les dispositions applicables en matière de compliance.

Au cours des dernières années, la commission des sanctions de l'AMF a eu l'occasion de prononcer plusieurs sanctions pour défauts de compliance. Ont notamment été sanctionnés le fait pour une société de gestion de ne pas avoir veillé à l'établissement et au maintien d'un dispositif de contrôle interne et de conformité approprié et opérationnel<sup>78</sup>, le fait pour une société de gestion d'avoir mis en place une politique de gestion des risques inappropriée et mal documentée, un *processus* d'alerte inefficace, des mécanismes de contrôle interne insuffisants<sup>79</sup>, le fait pour un prestataire de service d'investissement (PSI) d'avoir « manqué à ses obligations, d'une part, d'établir et de maintenir opérationnelles des politiques, procédures et mesures adéquates visant à détecter tout risque de non-conformité » et, d'autre part, « d'établir et de maintenir une fonction de conformité efficace exercée de manière indépendante »<sup>80</sup>.

Ces exemples montrent que les défaillances dans la mise en œuvre des dispositifs de compliance ne sont pas exceptionnelles. L'effort des acteurs doit se poursuivre et s'amplifier en faveur de la généralisation de dispositifs de compliance efficaces et robustes.

La publicité de la décision de sanction comporte, le cas échéant, une dimension pédagogique pour l'ensemble du secteur régulé. La motivation des décisions permet aux acteurs de comprendre l'application qu'ils doivent faire des textes leur imposant des obligations de compliance. Les décisions de sanction deviennent ainsi un référentiel important dans la mesure où elles précisent les obligations en matière de compliance et soulignent l'importance de leur respect.

Alternative à la procédure de sanction, les accords de composition permettent à l'AMF, par la voie transactionnelle, de négocier un accord avec l'entité mise en cause, accord qui n'emporte pas reconnaissance de culpabilité. Celle-ci s'engage à payer une certaine somme au Trésor public, mais aussi, le cas échéant, à se mettre en conformité avec la réglementation sur les sujets qui ont fondé la poursuite<sup>81</sup>.

78 Une sanction pécuniaire de 200 000 euros est prononcée à l'encontre de la société de gestion et un avertissement a été adressé à l'encontre d'un dirigeant (AMF, Commission des sanctions, 25 juillet 2019, SAN-2019-11).

79 La société de gestion a été sanctionnée à hauteur de 200 000 euros, et son dirigeant s'est vu infliger un avertissement et une sanction pécuniaire de 150 000 euros (AMF, Commission des sanctions, 24 avril 2023, SAN-2023-05).

80 Des sanctions pécuniaires de 400 000 et 50 000 euros sont prononcées, respectivement à l'encontre du PSI et de l'un de ses salariés fautifs (AMF Commission des sanctions, 6 décembre 2018, SAN-2018-16).

81 Article L.621-14-1 du code monétaire et financier.



L'accord peut prévoir un délai de mise en conformité, compris généralement dans une fourchette de deux à six mois.

Ces engagements de conformité peuvent, par la suite, être vérifiés par le biais d'un contrôle diligenté par les services de l'AMF. Ici aussi, plusieurs exemples récents peuvent être mentionnés<sup>82</sup>. Là encore, l'accord est rendu public et permet donc à l'ensemble du secteur d'apprécier les conséquences d'un défaut de conformité.

## Conclusion

Je souhaiterais terminer mon intervention en revenant sur la question posée par cette table-ronde : une ou des compliances ? Vous l'aurez compris, force est de constater qu'il n'est pas possible de parler aujourd'hui d'une compliance unique et uniforme. Au sein même du secteur financier ce sont des compliances qui sont à l'œuvre. Cela est vrai du point de vue du régulateur, mais ça l'est encore davantage du point de vue des acteurs. À cet égard je veux souligner l'importance de l'édification d'un modèle européen de compliance, enjeu d'attractivité, d'identité et de souveraineté, et d'une coopération et d'un dialogue entre les différentes autorités publiques aux fins d'une approche cohérente des compliances.

---

**François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup Mme la présidente. Je retiens de vos propos que la compliance en matière financière est quand même quelque chose de très structurant. Au travers de cet état des lieux que vous nous avez dressé, on s'aperçoit que c'est à la fois en construction, intrusif et multiple, car un même opérateur peut être soumis à différentes formes de compliances et, à l'instar du droit dur, il faut que les règles de compliance soient effectives.

Je donne maintenant la parole à M. Jean-Yves Ollier, car la compliance n'existe pas que dans le secteur financier, qui va nous brosser un panorama aussi synthétique que possible des autres formes de compliances.

---

82 Accord de composition administrative conclu le 15 juin 2022 avec Vatel Capital. L'AMF a notifié à cette SGP des griefs relatifs aux insuffisances du dispositif de prévention et d'encadrement des conflits d'intérêts, ainsi que des lacunes dans le dispositif de lutte contre le blanchiment. Dans le cadre de cette procédure, Vatel s'est notamment engagée à mettre en place des règles et des procédures de prévention et de gestion des conflits d'intérêts, à mettre à jour sa procédure LCB/FT, et à procéder à un audit dont le rapport devra être adressé à l'AM ;

Accord de composition administrative conclu le 29 octobre 2020 avec la société Forsis. L'AMF avait notifié des griefs relatifs aux informations communiquées aux clients dans le cadre de la commercialisation de produits, ainsi qu'un grief lié à son dispositif lacunaire de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ici aussi, des engagements de mise en conformité ont été pris, au sujet de l'information transmises aux clients et des procédures LCB/FT ;

Accord de composition administrative conclu le 6 juillet 2016 avec la société DNCA Finance. L'AMF a notifié à cette SGP deux griefs, liés aux lacunes constatés dans le dispositif de conformité et de contrôle interne et à l'insuffisance des moyens humains adaptés et suffisants. DNCA Finance s'est notamment engagé à maintenir « un dispositif de conformité et de contrôle interne doté de moyens humains et matériels suffisants, des procédures opérationnelles, des plans de contrôle et des contrôles formalisés ».



## Les obligations relatives à la compliance en droit européen : sources et illustrations en dehors du champ de la réglementation financière

Merci M. le président. Avant de vous parler du développement des obligations et des incitations relevant de la compliance en Europe en dehors de la réglementation financière, je commencerai par céder à la facilité d'un rappel sur l'étymologie de ce terme anglais et sur l'histoire des pratiques qu'il désigne, des obligations et incitations qui s'y rapportent, et de leur diffusion internationale ; ce qui me permettra de situer mon propos.

### Brève histoire de la diffusion et de l'encadrement des programmes de compliance, ou « démarches de conformité », dans les entreprises

a) Selon le *Merriam-Webster Dictionary*, le verbe « *to comply* » dérive vraisemblablement de l'espagnol « *cumplir* » qui signifie : (i) dans un emploi transitif, accomplir, exécuter, mais aussi respecter (la loi), et (ii) lorsqu'il est intransitif [*cumplir con*], s'entendre avec quelqu'un, le satisfaire, s'acquitter de ses devoirs envers lui.

Il est d'abord passé en anglais dans ce sens courtois, dans la traduction d'un roman de chevalerie espagnol à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle<sup>83</sup>. « *To comply with* » signifie aujourd'hui « agir conformément à » un ordre, un ensemble de règles, ou une demande<sup>84</sup>, et recouvre aussi bien l'état de conformité (respecter, être conforme à), que le fait de se conformer (répondre à, s'exécuter, se mettre en conformité). De la même façon, le mot « compliance » désigne aussi bien la conformité à la norme que les actions par lesquelles on s'y conforme<sup>85</sup>.

b) C'est à ce second sens que se rattachent les programmes de compliance mis en œuvre par les entreprises<sup>86</sup> et les organisations et les règles ou les incitations qui les encadrent.

Ce mot a désigné aux États-Unis, à partir des années 1960, une fonction dans l'entreprise, consistant à définir et à mettre en œuvre un système formalisé de lignes directrices (« *policies* »), de procédures et de contrôles (« *compliance program* ») pour prévenir et détecter les violations de la loi et, le cas échéant, des règles internes à l'entreprise ; ces violations étant perçues comme un risque opérationnel majeur.

---

83 Diego Ortunez de Calahorra, *El espejo de príncipes y caballeros* (1555), *The mirrour of princely deedes and knighthood* (1578), en français : *Histoire du chevalier du soleil, et de son frère Rosicclair, et de leurs descendants*.

84 Webster's new world college dictionary : « *to act according with (a request, order, rule)* ».

85 Merriam-Webster Dictionary : « *1) a) the act or process of complying to a desire, demand, proposal, or regimen or to coercion, b) conformity in fulfilling official requirements* ».

86 On emploie aussi le terme de « *corporate compliance* ».

Cette fonction s'est développée dans un contexte de pénalisation du droit des affaires :

- après les premières peines de prison dans des affaires de concurrence (pour quelques-uns des dirigeants incriminés dans la *Great electrical conspiracy*, une entente sur la fixation du prix des turbines, en 1961) ;
- dans le cadre du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977<sup>87</sup> après l'affaire *Lockheed* ;
- pénalisation du droit des affaires qui s'est accompagné d'une hausse du montant des sanctions et des dommages-intérêts. Le montant le plus élevé, à ce jour, est une transaction de 13 milliards de dollars entre le *Department of Justice* et JPMorgan, en 2013, pour mettre fin aux poursuites liées à la distribution de titres dérivés de prêts hypothécaires (« *subprimes* ») et dédommager les investisseurs.

Certains outils de compliance ont été développés volontairement à l'échelle sectorielle, par exemple, dans le cadre de la *Defence industry initiative* (1986), après d'autres scandales sur les marchés de défense (nomination d'un « *compliance officer* », adoption de codes d'éthique, systèmes d'alerte).

Les *Federal sentencing guidelines for organizations* (FSGO) sont des directives sur la détermination des peines encourues par les organisations devant les tribunaux fédéraux adoptées, en 1991, par une commission indépendante mandatée par le Congrès. Elles ont fait de la définition et de la mise en œuvre d'un programme de conformité et d'éthique efficace un moyen d'obtenir une atténuation des sanctions. À cet effet, elles ont fixé des exigences minimales (section 8.B2.1), qui sont une forme de canon en la matière, comme :

- la définition de normes et de procédures (opérationnelles), pour prévenir les conduites délictueuses (code de conduite) ;
- la désignation comme responsable du programme de conformité et d'éthique d'un cadre de haut niveau, rendant compte à l'organe de surveillance ;
- des contrôles internes et des audits ;
- une évaluation périodique de l'efficacité du système ;
- un système d'alerte interne.

L'atténuation de sanctions, qui peuvent être considérables, est un élément puissant de motivation pour adhérer à un dispositif volontaire.

Ces démarches peuvent être obligatoires dans certains domaines. Le législateur fédéral a ainsi fixé des règles sur l'organisation des contrôles internes (dans les dispositions comptables du FCPA<sup>88</sup>) et a imposé d'en rendre compte (loi Sarbanes-Oxley<sup>89</sup> de 2002, après l'affaire Enron, pour protéger les investisseurs).

---

87 Qui pénalise la corruption d'agents publics étrangers, et s'applique à toutes les entreprises cotées aux États-Unis.

88 *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, préc.

89 Qui fixe aussi des règles sur l'indépendance des auditeurs externes et la protection des lanceurs d'alerte.



Ces textes traduisent une nouvelle façon de chercher à assurer l'effectivité de la norme et de la prévention de certains risques en imposant des obligations de moyens aux opérateurs.

Au même moment, au Royaume-Uni, à la suite du rapport Cadbury sur les aspects financiers du gouvernement d'entreprise (1992), les règles de cotation de la bourse de Londres ont imposé aux entreprises cotées de rendre compte des mesures qu'elles prenaient pour appliquer les principes d'un code du gouvernement d'entreprise, issu des propositions de ce rapport, et de s'expliquer lorsqu'elles ne les avaient pas suivies (c'est le principe « *comply or explain* » : appliquer ou s'expliquer).

Il s'agit ici, de façon moins intrusive que dans les dispositifs que je viens d'évoquer, d'imposer une articulation entre l'autorégulation (du fonctionnement des organes dirigeants et des contrôles internes) et la communication financière, à travers des obligations de transparence.

Ces approches anglo-saxonnes se sont internationalisées. D'abord, en s'appliquant à des entreprises étrangères cotées aux États-Unis – je l'ai vécu avec la mise en place d'un programme de conformité à la loi Sarbanes-Oxley au sein de la direction de l'audit d'AXA au début des années 2000. Puis, les législateurs européens ont imposé, avec quelques années d'écart<sup>90</sup>, la mise en place du même type de mesures de prévention et/ou de transparence sein des entreprises :

- loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 (obligation de rendre compte des procédures de contrôle interne dans un rapport joint au rapport annuel) ;
- directive du 14 juin 2006 sur les comptes des sociétés (appliquer ou s'expliquer)<sup>91</sup> ;
- loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 (obligation de mettre en place des « procédures de conformité internes » destinées à la prévention et à la détection de la corruption).

c) Dans le cas de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, les obligations sur les procédures internes des entreprises sont issues de travaux internationaux : les recommandations du groupe d'action financière (GAFI), reprises en France par les dispositions issues de la loi du 12 juillet 1990 sur la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants. Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de ces dispositions à plusieurs reprises.

d) Les textes européens ont étendu les obligations et les incitations relatives aux procédures et aux contrôles internes aux entreprises à d'autres domaines que le droit financier : la sécurité sanitaire des aliments (à partir du début des années 1990), la protection des données personnelles (directive de 1995 et RGPD en 2016), les obligations liées à la séparation des opérateurs verticalement intégrés (en anglais, « *unbundling* ») dans le domaine de l'énergie.

90 Quelques décennies dans le cas des procédures liées à la prévention et à la détection de la corruption.

91 Obligation d'inclure dans le rapport de gestion d'une société cotée une déclaration sur le gouvernement d'entreprise, qui indique le code de gouvernement d'entreprise auquel elle est soumise ou qu'elle a choisi d'appliquer, les parties auxquelles elle déroge et les raisons de cette dérogation.



e) Enfin, dans le fil des travaux des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, et à la suite de la catastrophe du Rana Plaza à Dacca, la France a été pionnière en adoptant la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>92</sup>. Cette démarche a été suivie par d'autres pays européens et fait l'objet d'une proposition de directive<sup>93</sup>. Elle a peu d'adhérences avec le droit public, et je n'en traiterai pas.

Sous cette réserve, c'est sur les textes et les démarches de régulation relatifs aux programmes de conformité dans les domaines non financiers et sur la typologie des outils juridiques auxquels ils recourent que je centrerai mon propos (1). Je les relierai à quelques antécédents européens (2), et j'essaierai d'observer leur incidence sur les textes récents sur le numérique : directive sur le droit d'auteur, DSA, DMA (3).

Auparavant, je commencerai par quelques remarques sur les questions que posent la définition et la traduction du terme, qui me permettront de poursuivre cette présentation dans un esprit plus conforme à la loi 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

### **Conformité ou compliance ?**

a) Le Conseil d'État dans son étude annuelle 2013, *Le droit souple* (pages 99-100), a évoqué parmi les fonctions du droit souple (produit par les autorités administratives indépendantes) l'encouragement des « démarches de conformité » dans les entreprises pour accompagner la mise en œuvre du droit dur.

Ce qui l'a conduit de façon incidente à un essai de définition de ces démarches. Je le cite : « *L'idée même d'une « démarche de conformité » peut surprendre le juriste, pour qui il est naturel que la réglementation doive être appliquée. Elle traduit un changement de perspective : il ne s'agit plus de considérer la norme en elle-même, qui s'impose en vertu du système juridique auquel elle appartient, mais les actions que l'entreprise doit mettre en place pour garantir en toutes circonstances le respect de la norme, ou du moins limiter les risques de méconnaissance. La démarche de conformité prend acte de ce que, face à la complexité du droit, à la diversité des environnements juridiques au sein desquels une entreprise évolue, à la multiplicité des centres de décision en son sein et aux conflits potentiels entre la législation et les objectifs poursuivis par l'entreprise, l'application de la loi ne se fait pas spontanément. Le concept de conformité est issu du monde de l'assurance qualité – c'est un point sur lequel je reviendrai – et partage avec lui l'idée d'amélioration continue : la conformité, c'est l'assurance qualité en termes de respect du droit, qui implique une mobilisation à tous les niveaux de l'entreprise pour prévenir tous les risques de méconnaissance ».*

---

92 Elle impose aux grandes entreprises de mettre en place un plan de vigilance pour identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité et l'environnement, résultant des activités de la société, de ses filiales, sous-traitants ou fournisseurs

93 Nouvelle directive sur le « devoir de vigilance » des entreprises en matière de durabilité (« *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* », dite CS3D).



Le rapport soulignait que cette démarche s'étendait à d'autres domaines que la législation financière (concurrence, droit du travail, droit de l'environnement) et qu'il reposait sur des mesures d'organisation, comme les contrôles internes, le rôle du responsable de la conformité, les dispositifs d'alerte, et sur des outils, comme les codes de conduite, les référentiels, ou les chartes « *qui opèrent une traduction du droit dans le langage interne de la firme et le mettent en rapport avec sa stratégie* ». Il relevait que plusieurs autorités administratives indépendantes (AAI) entendaient utiliser cette dynamique dans le cadre de leur rôle de régulation. Il mentionnait l'Autorité de la concurrence et la CNIL, qui orientaient les entreprises dans leurs démarches dans la mise en place de tels programmes par des outils de droit souple.

b) La démarche de conformité peut ainsi être appréhendée de différents points de vue.

C'est d'abord une dynamique interne, une fonction au sein de l'entreprise, qui adopte – spontanément ou non – des mesures d'organisation, des normes (internes ou à l'échelle d'un secteur), des outils de contrôle pour se conformer aux obligations de fond fixées par la loi (droit pénal, concurrence, droit financier, données personnelles, sécurité), à des normes professionnelles ou à des règles internes.

Elle répond aussi, de plus en plus, à des exigences d'organisation et de procédure fixées par la loi ou promues par les régulateurs sur le contrôle interne du respect de la loi et de la réglementation et sur la prévention de certains risques (prudentiels, de sécurité), dont le respect est contrôlé et parfois sanctionné par les autorités publiques. C'est principalement de cette façon que la compliance est saisie par le droit public.

Le terme de « compliance », employé pour décrire ces évolutions dans l'organisation des entreprises et l'objet des textes ou des actions de régulation qui s'y rapportent, est donc une notion à la définition très plastique, une « *auberge espagnole* »<sup>94</sup>, qui englobe des démarches qui peuvent être spontanées ou contraintes, pour garantir le respect de normes imposées de l'extérieur ou internes. Diversité par-delà laquelle un trait commun est – pour continuer à citer Mme Frison-Roche à qui j'ai emprunté ces qualifications – « *l'internalisation dans certains opérateurs de l'obligation de se structurer pour concrétiser des buts qui ne leur sont pas naturels (...)* fixés par des autorités publiques »<sup>95</sup>.

c) Le mot a été traduit dans les langues de certains des pays qui ont adopté ces démarches – *programa de cumplimiento, programma di conformità*. Comme l'illustre l'intitulé de ces rencontres, le terme de « conformité » – utilisé par les textes législatifs et réglementaires (avec parcimonie)<sup>96</sup> et par les régulateurs (ADLC, CNIL, CRE, régulateurs financiers)<sup>97</sup> – a du mal à s'imposer en français, dans

94 M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », in *Recueil Dalloz*, n° 32, 29 septembre 2016.

95 M.-A. Frison-Roche, *L'apport de la compliance à la gouvernance d'Internet*, rapport, avril 2019.

96 « Procédures de conformité internes » (loi « Sapin 2 »), « responsable de la conformité » (règlement général de l'AMF, article L.111-36 du code de l'énergie).

97 Voir : Autorité de la concurrence, Documents-cadres du 10 février 2012 et du 24 mai 2022 sur la conformité aux règles de concurrence ; site Internet de la CNIL, rubrique « Les outils de la conformité ».

l'usage des entreprises comme dans la doctrine, pour désigner les démarches ou les régimes juridiques qu'il recouvre.

Le mot « conformité » désigne initialement :

- la qualité de ce qui a (apparemment) la même forme, de ce qui est identique, le rapport de la copie à l'original ;
- dans le contexte des querelles religieuses des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, l'adhésion ou la soumission aux préceptes d'une religion<sup>98</sup>.

Son utilisation dans le vocabulaire juridique d'aujourd'hui dérive de l'extension de cette seconde définition à tous types de normes. Mais elle réduit la portée du terme, parce qu'elle se réfère davantage à la qualification d'un état de respect de la norme qu'à l'action de s'y conformer : elle en perd la connotation active, qui est aussi celle du mot anglais.

Glissant de la signification du terme aux conceptions qu'elle révèle, certains auteurs considèrent que le mot « conformité » ne suffit pas à rendre compte d'exigences importées du droit anglo-saxon, et étrangères à la culture juridique française ou continentale qui est construite sur l'idée de légalité, de confrontation directe à la règle, et plus indifférente aux mesures préventives prises par une organisation pour en garantir le respect<sup>99</sup>.

Il me semble que l'on peut rétablir cette connotation active du terme en parlant de « démarche de conformité », comme le fait le rapport de 2013.

La réticence à employer le mot « conformité », que j'essaierai de surmonter dans la suite de mon propos, dérive aussi de ce qu'il est associé à des matières ou à des procédures particulières (en matière comptable, ou s'agissant de la certification de la conformité des produits à des normes techniques ; j'y reviendrai).

## **1. Le recours aux outils des démarches de conformité dans la réglementation européenne : illustrations en dehors du domaine financier**

Les textes européens ont encadré ou encouragé, à partir du début des années 1990, le recours aux outils des démarches de conformité (codes de bonne conduite ou guides de bonne pratique, responsable de conformité, programmes de gestion des risques, obligation de signalement) dans des domaines très divers. Ces démarches ont été développées avec des équilibres dans la répartition des contrôles et de l'élaboration des normes opérationnelles (entre les opérateurs, les organisations sectorielles, les tiers de confiance, les autorités publiques) qui varient selon les secteurs et la nature des risques et des enjeux de conformité en cause.

a) La sécurité sanitaire des aliments. Le recours à des outils de compliance dans ce domaine a lui aussi une origine américaine. Les principes de l'analyse des risques et de la maîtrise des points critiques (connue par son acronyme anglais HACCP<sup>100</sup>) ont

98 Voir : dans ces deux sens, l'emploi du terme dans les deux premières lettres *Provinciales* de Pascal.

99 Voir : A. Gaudemet, « Qu'est-ce que la compliance », in *Commentaire*, n° 165, 2019/1 ; B. du Marais, « Compliance et conformité », in *Dictionnaire des régulations*, 2016.

100 *Hazard analysis and critical control points* (HACCP).



été développées au début des années 1960 par la NASA, par l'armée américaine et par l'entreprise agro-alimentaire Pillsbury pour contrôler la fiabilité des produits consommés par les astronautes, pour ne pas avoir à tester (et à détruire) la plus grande partie des produits finis.

Ces principes mettent en œuvre les méthodes d'analyse des modes de défaillance et de leurs effets (AMDE, ou FMEA)<sup>101</sup> utilisées par les industries de défense, qui sont l'un des outils des systèmes d'assurance de la qualité, avec le contrôle statistique des *processus* (développé dans les laboratoires Bell à la fin des années 1930) et la planification avancée de la qualité des produits (APQP, issue de l'industrie automobile).

Les principes HACCP ont été repris par la *Food and Drug Administration* (FDA), à la demande de l'industrie, dans les années 1970 dans ses règlements sur le contrôle des produits en conserve<sup>102</sup> – qui mettent les contrôles à la charge des producteurs – puis dans les normes internationales du *Codex alimentarius* sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). Elles ont été intégrées dans les règlements européens à partir du début des années 1990<sup>103</sup>, avec un champ d'application plus large qu'aux États-Unis. Elles sont déclinées dans les normes ISO 22000<sup>104</sup>. Elles traduisent une adaptation des contrôles à l'industrialisation de la transformation des aliments et à la complexification des chaînes de production et de distribution.

Le règlement du 29 avril 2004 relatif à l'hygiène des denrées alimentaires et les textes pris pour son application (dans le cadre du « paquet hygiène ») reprennent les sept principes HACCP<sup>105</sup>.

La mise en œuvre de ces principes repose sur le plan de maîtrise sanitaire (PMS), qui décrit les mesures prises par chaque établissement de la chaîne (agro-alimentaire) pour assurer l'hygiène et la sécurité sanitaire des aliments : instructions relatives aux pratiques d'hygiène, plans d'analyse des dangers, procédures de contrôle, actions correctives, mesures de traçabilité.

---

101 Qui identifient les modes d'échec potentiels et les effets qui en résultent, les recoupant avec des causes potentielles d'échec, leur attribue un niveau de risque technique et identifie des mesures pour l'atténuer, ainsi que des techniques d'essai.

102 Qui définissent les facteurs critiques, les points et les méthodes de contrôle, les exigences de formation et de supervision des contrôleurs et de conservation des données.

103 Directive 91/493/CEE du 22 juillet 1991, fixant les règles sanitaires régissant la production et la mise sur le marché des produits de la pêche ; directive 92/5/CEE du 10 février 1992 portant modification et mise à jour de la directive 77/99/CEE relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges intracommunautaires de produits à base de viande ; directive 93/43/CEE du 14 juin 1993, relative à l'hygiène des denrées alimentaires.

104 Systèmes de management de la sécurité des denrées alimentaires.

105 Article 5 (2) du règlement n° 852/2004 : « a) identifier tout danger qu'il y a lieu de prévenir, d'éliminer ou de ramener à un niveau acceptable ; b) identifier les points critiques aux niveaux desquels un contrôle est indispensable pour prévenir ou éliminer un danger ou pour le ramener à un niveau acceptable ; c) établir, aux points critiques de contrôle, les limites critiques qui différencient l'acceptabilité de l'inacceptabilité pour la prévention, l'élimination ou la réduction des dangers identifiés ; d) établir et appliquer des procédures de surveillance efficace des points critiques de contrôle ; e) établir les actions correctives à mettre en œuvre lorsque la surveillance révèle qu'un point critique de contrôle n'est pas maîtrisé ; f) établir des procédures exécutées périodiquement pour vérifier l'efficacité des mesures visées aux points a) à e) ; et g) établir des documents et des dossiers en fonction de la nature et de la taille de l'entreprise pour prouver l'application effective des mesures visées aux points a) à f) ».



Le règlement encourage le recours aux guides de bonnes pratiques d'hygiène, qui sont d'application volontaire et conçus par les organismes professionnels (par types de produits), puis validés par l'administration.

Les exploitants ont l'obligation de retirer immédiatement les produits non conformes et d'informer immédiatement les autorités lorsqu'ils estiment qu'une denrée alimentaire présente un danger<sup>106</sup>.

L'objet des contrôles de l'administration (qui mobilisent 4 500 agents du réseau de la direction générale de l'alimentation et 6 000 vétérinaires mandatés) se déplace ainsi en partie de la conformité des produits des animaux, et des installations aux normes sanitaires vers la fiabilité du plan de maîtrise sanitaire et l'effectivité de sa mise en œuvre (donc la fiabilité et l'efficacité de la démarche de conformité).

Ce rééquilibrage a ses limites, car le contrôle administratif direct des produits en demeure une composante essentielle, dont la fréquence minimale est encadrée par le droit européen comme par le droit américain<sup>107</sup>.

b) La protection des données personnelles est un autre domaine dans lequel les textes européens ont encouragé le développement des démarches de conformité à partir du milieu des années 1990. La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 a harmonisé les législations en y introduisant quelques outils de mise en œuvre et de contrôle qui en sont issus :

- l'obligation pour le responsable du traitement de prendre, lors de la conception (« *privacy by design* ») et de la mise en œuvre, des mesures techniques et d'organisation, assurant un niveau de sécurité des traitements approprié compte tenu des risques, de l'état de l'art et du coût de ces mesures (article 17)<sup>108</sup> ;
- des formalités préalables simplifiées :
  - lorsque le responsable du traitement désignait un détaché à la protection des données personnelles (« *personal data protection official* »), chargé d'assurer de façon indépendante l'application interne des dispositions de la loi et de tenir un registre des traitements,
  - ou pour certains types de traitements insusceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées (article 18), sous forme d'une déclaration de conformité à des normes simplifiées, au lieu d'une notification (article 24 de la loi du 6 janvier 1978) ;
- l'incitation à élaborer (dans le cadre des organisations professionnelles) des codes de conduite destinés à contribuer, dans les différents secteurs, à la bonne application des dispositions prises pour sa transposition, sous le contrôle des autorités nationales ou du G29 (article 27).

Le président Braibant dans son rapport de 1998, auquel j'ai collaboré, sur la transposition de cette directive, estimait que les codes de conduite étaient utiles

106 Article 19 du règlement (CE) n° 178/2002.

107 Depuis le *Food Safety Modernization Act* de 2011.

108 Aujourd'hui à l'article 25, dont l'application fait l'objet de lignes directrices d'octobre 2020 du CEPD.



pour assurer une application efficace de la loi, mais ne pouvaient jouer qu'un rôle subsidiaire. Je le cite : « *Sous leur forme pure, ils correspondent en fait à la philosophie anglo-saxonne – et plus particulièrement américaine – de l'« autorégulation », selon laquelle à la fois l'élaboration des normes et leur application sont confiés à des organismes privés – professions, syndicats, associations. Cette culture n'est pas celle de la France, ni celle de l'Europe telle qu'elle est exprimée dans la directive, qui est fondée au contraire sur un droit élaboré par le législateur et appliqué par l'administration sous le contrôle des tribunaux* ».

Le RGPD reflète la façon dont les entreprises et les administrations se sont organisés pour mettre en œuvre le cadre juridique antérieur et dont les autorités de contrôle les ont accompagnés. Il traduit une certaine évolution culturelle – plus nette en ce qui concerne la mise en œuvre et les contrôles que l'élaboration de la norme, j'y reviendrai –, mais aussi un certain réalisme quant aux ressources que les autorités peuvent déployer pour mettre en œuvre des contrôles *a posteriori*<sup>109</sup>. Il remplace un régime de notification *ex ante* par un régime de responsabilisation des acteurs et d'internalisation du dispositif de prévention et de contrôle, avec une gradation des obligations (tenue d'un registre des traitements, mesures de protection et de sécurité, notification des violations, analyse d'impact sur la protection des données, consultation de l'autorité) en fonction d'une évaluation des risques pour la sécurité et pour les droits et libertés par le responsable du traitement. Il doit être en mesure de démontrer à tout moment la conformité au RGPD en retraçant les démarches entreprises.

Le RGPD précise le cadre applicable aux outils de mise en conformité existants, et en étend la palette. Cela concerne :

- les exigences liées aux mesures techniques et d'organisation dès la conception (« *privacy by design* ») sont appliquées à tous les aspects de la protection des données, non seulement la sécurité, mais aussi la minimisation ;
- le délégué à la protection des données (ou DPO pour « *data protection officer* »), qui doit être désigné quand le traitement est effectué par une autorité publique ou un organisme public, exige un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes (exemple : banque, assurance, fournisseurs d'accès à Internet), ou consiste en un traitement à grande échelle de données sensibles. Il rend compte au niveau le plus élevé de la hiérarchie, ne peut recevoir d'instructions, ni être pénalisé pour l'exercice de ses missions (articles 37 à 39). Près de 29 000 délégués ont été désignés pour 81 000 organisations ;
- la déclaration de conformité à un référentiel ou à une méthodologie de référence établi par la CNIL, qui permet aux traitements de données de santé d'être mis en œuvre sans autorisation préalable ;
- les codes de conduite. Leur contenu et les procédures applicables à leur adoption sont précisés (article 40 et lignes directrices de juin 2019 du CEPD, très détaillées<sup>110</sup>). La Commission européenne peut décider de les rendre obligatoire.

109 Environ 300 par an pour la CNIL, contre des dizaines de milliers en matière de sécurité sanitaire des aliments.

110 Elles recommandent vivement une consultation des parties concernées lors de l'élaboration des projets de code (qui n'est évoquée que dans le préambule du RGPD, au considérant 99).



Cet outil a eu à ce jour un succès très limité : la CNIL a approuvé le code de conduite présenté par l'Union française du marketing direct sur l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe (2005) et, avec ses homologues, le code de conduite de la fédération européenne du marketing direct et interactif (FEDMA, 2010) et le code de conduite européen des fournisseurs de services d'infrastructure de *cloud* (dit CISPE, 2021).

Cet insuccès est compensé par l'accompagnement que fournit la CNIL en élaborant des référentiels sectoriels<sup>111</sup>. Ainsi, par contraste avec d'autres domaines, l'autorégulation conserve un caractère très subsidiaire en ce qui concerne l'élaboration de normes opérationnelles d'application volontaire, qui reste principalement le fait du régulateur,

- des mécanismes (volontaires) de certification ou de labellisation par des organismes agréés ou par l'autorité de contrôle (articles 42 et 43). Le RGPD indique que l'application d'un code de conduite ou la certification, « *peut servir d'élément pour démontrer le respect des obligations incombant au responsable du traitement* », sans pour autant renverser la charge de la preuve (article 24).

Les agréments délivrés à ce jour ne portent que sur la certification des compétences du délégué et le contrôle du code de conduite des fournisseurs du *cloud*.

Un régime obligatoire de certification (de conformité à un référentiel) s'applique aux hébergeurs de données de santé (HDS) en application du code de la santé publique,

- des mécanismes alternatifs pour fonder le transfert de données personnelles vers les pays tiers en l'absence de décision d'adéquation, comme l'adoption de règles d'entreprise contraignantes (« *binding corporate rules* ») comportant des exigences minimales<sup>112</sup>, ou le respect d'un code de conduite approuvé (articles 46 et 47).

Le RGPD porte les sanctions à un niveau inédit<sup>113</sup> et désormais dissuasif – comme l'illustre les sanctions de 40 millions, puis 1,2 milliard d'euros prononcées contre Meta (le 4 janvier et le 22 mai) par la Commission irlandaise de protection des données (DPC), contrainte par les décisions du Comité européen de protection des données (CEPD)<sup>114</sup>.

Le RGPD crée en outre un régime de responsabilité civile avec une présomption pesant sur le responsable du traitement en cas de violation de ses dispositions<sup>115</sup> et

111 Par exemple, en matière de recrutement, de gestion du personnel, de gestion locative, de gestion des activités commerciales, de gestion des impayés, de désignation des conducteurs ayant commis une infraction au code de la route.

112 Le RGPD formalise le statut de cet outil conçu par le G29 en 2008 au titre des « *garanties suffisantes* ».

113 2 % du chiffre d'affaires mondial, et 4 % pour les infractions les plus graves.

114 Liées respectivement à l'utilisation de données personnelles (DP) à des fins publicitaires et au transfert des DP aux États-Unis sur la base de clauses contractuelles types. Ces sanctions sont à rapporter à un chiffre d'affaires mondial de 116,6 Mds de dollars en 2022. La décision a été prise en application d'une décision contraignante de règlement des différends du CEPD (article 65 du RGPD), compte tenu du désaccord entre le DPC et les autorités concernées sur le montant de la première sanction et sur le principe de la seconde.

115 La réparation des dommages matériels et moraux subis sera automatique, sauf s'il prouve que le fait à l'origine du dommage ne lui est nullement imputable (article 83).



prévoit que les États membres peuvent créer des actions de groupe (ce qui est le cas en France dans ce domaine, y compris devant la juridiction administrative)<sup>116</sup>. Ce qui constitue en théorie une incitation pour les opérateurs à mettre en place les outils d'une conformité effective.

Dans le cadre de contentieux concernant des procédures de sanction ou le refus de les engager, le Conseil d'État a été amené à préciser la portée de certaines des règles d'organisation et de procédure que je viens d'évoquer : l'obligation de notifier à la CNIL une violation des données à caractère personnel (CE, chr, 22 juillet 2022, n° 449694, au Rec.) et le champ de la protection dont bénéficie le délégué à la protection des données (CE, chr, 21 octobre 2022, n° 459254, au Rec.), à la lumière de la jurisprudence de la CJUE (22 juin 2022, *Leistritz AG c. LH*, aff. C-534-20). Il a pris en compte l'organisation des fonctions de compliance comme l'un des indices de l'absence d'établissement principal en Europe, ce qui fait échec au mécanisme de l'autorité de contrôle chef de file (voir : concl. A. Lallet sur CE, chr, 19 juin 2020, *Soc. Google LLC*, n° 430810, au Rec.).

c) Les obligations de séparation d'activités d'opérateurs intégrés ou de dégroupage (en anglais, « *unbundling* »)

La régulation économique sectorielle recourt peu aux outils de compliance, probablement parce que le contrôle des monopoles ou l'ouverture à la concurrence imposent des formes de contrôle plus classiques, et limitent ce qui peut être laissé à l'initiative des opérateurs dominants.

Les obligations liées à l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transports et de distribution d'électricité et de gaz constituent une exception, parce que leur respect dépend en partie de mesures d'organisation interne (gouvernement d'entreprise, contrôle des contrats intra-groupe), que certaines exigences relatives aux programmes de conformité – issus de leur développement en matière de finance et de gouvernement d'entreprise, plus que de la filiation industrielle que je viens d'évoquer – sont adaptés pour encadrer et pour contrôler.

Lorsque les gestionnaires de réseau font partie d'une entreprise verticalement intégrée, les directives du 26 juin 2003 (« deuxième paquet » sur l'énergie), sur les marchés intérieurs de l'électricité et du gaz, prévoyaient un programme d'engagements contenant les mesures prises pour garantir que toute pratique discriminatoire est exclue – en particulier les obligations spécifiques imposées aux employés (dénommé « code de bonne conduite » dans la loi française du 9 août 2004). Il donne lieu à un rapport annuel adressé à la commission de régulation de l'énergie.

Les directives du 13 juillet 2009 (« troisième paquet ») y ont inclus la prévention des pratiques anticoncurrentielles. Elles prévoient que ce programme est approuvé par le régulateur et fait l'objet d'un contrôle par le « *cadre chargé du respect des engagements du gestionnaire de réseau* », dénommé « responsable

---

116 Article 37 de la loi du 6 janvier 1978. Cette action peut être exercée devant les juridictions administratives lorsqu'elle concerne des traitements qui en relèvent. UFC-Que choisir a ainsi indiqué avoir lancé, en 2019, une action de groupe contre Google au motif que le consentement des utilisateurs pour la collecte et le traitement des données personnelles, notamment à des fins de publicités ciblées, n'est pas obtenu dans le respect du règlement général de la protection des données.



de la conformité » dans le code de l'énergie, qui doit être nommé par l'organe de surveillance avec l'approbation du régulateur et dispose d'une certaine indépendance. Il établit le rapport annuel au régulateur, et doit l'informer sans délai des manquements substantiels aux engagements du CBC et aux obligations d'indépendance.

La Commission de régulation de l'énergie (CRE) publie, chaque année, un rapport sur le respect des codes de bonne conduite et l'évaluation de l'indépendance des gestionnaires de réseau (RCBCI), qui s'appuie également sur les audits faits par ses propres services (par exemple, sur les contrats internes relatifs aux systèmes d'information ou aux achats) et sur des enquêtes « client mystère » pour évaluer les services en relation avec la clientèle. Dans le cas des gestionnaires de réseau de transport, le respect des obligations d'indépendance est également garanti par les contrôles *a priori* exercés par le régulateur sur les contrats intra-groupe et sur les nominations en application d'exigences très détaillées des textes et des décisions de certification. Ce dispositif de conformité a joué un rôle important dans la construction de l'indépendance des gestionnaires de réseau de distribution (GRD), qui repose sur des exigences plus générales. Le recours aux pouvoirs d'enquête et aux procédures de sanctions (ou la perspective de ces procédures) a parfois été nécessaire pour susciter certaines évolutions décisives à la suite des constats de la CRE dans ses rapports successifs (le changement de marque d'ERDF, ou l'autonomisation de ses achats de matériels électrique).

Ces mécanismes n'ont encore donné lieu à aucun contentieux administratif : le respect des obligations d'indépendance est saisi par des recours contre les décisions d'approbation prises par le régulateur en amont (CE, juge des référés, 6 mars 2018, n° 418125, sur la nomination d'un administrateur), ou contre le refus d'engager des procédures de sanction (CE, chr, 18 mars 2019, *Assoc. UFC-Que Choisir*, n° 410628).

## **2. Quelques autres sources et antécédents du droit européen de la compliance**

Ces démarches peuvent être rapprochées d'autres dispositifs de droit européen qui délèguent à des opérateurs privés une partie de l'élaboration des normes ou du contrôle de leur mise en œuvre et qui encadrent les contrôles préalablement établis par les entreprises.

a) La certification statutaire des navires. Les sociétés de classification sont des opérateurs privés de contrôle technique des navires, dont l'activité consiste à informer les acteurs du transport maritime (armateurs, assureurs, chargeurs ou affrêteurs) de la qualité et la fiabilité des navires – pour évaluer les risques pour la marchandise et pour le navire. Les plus anciennes sont la Lloyd's Register Book, qui a tenu un registre des navires classés à partir de 1764<sup>117</sup>, et le bureau Veritas, établi à Anvers en 1828. Elles exercent une activité privée de classification, qui consiste à vérifier la conformité du navire à un règlement de classification, référentiel technique publié par chaque société, qui énonce les exigences pour

---

117 Elle n'a pas de lien capitalistique avec le marché d'assurance du même nom, mais était active dans le café qui lui a donné son nom et dans le même cercle professionnel.



l'attribution et le maintien d'une classe<sup>118</sup>. C'est une norme privée élaborée par chacun des opérateurs chargés par le marché du contrôle. La classification n'est pas obligatoire, mais a une incidence sur la responsabilité de l'armateur. Un navire sans certificat de classification est inassurable.

À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et plus encore après le naufrage du Titanic (1912), les grands États maritimes ont entrepris de réglementer la sécurité des navires du point de vue de la sauvegarde de la vie humaine, puis de la prévention de la pollution. Ils ont défini des règles visant à les préserver dans les conventions maritimes internationales, et délégué aux sociétés de classification une activité de certification statutaire (y compris la délivrance des titres de navigation) et de contrôle de la conformité des navires battant leur pavillon à ces règles internationales publiques<sup>119</sup>.

La loi est dans ce cas venue encadrer des activités privées de contrôle externe, mises en place par les acteurs de marché, pour en étendre le champ à des objectifs d'intérêt public qu'une gestion assurantielle des risques ne recouvrait pas spontanément.

Il ne s'agit pas, à titre principal, d'encadrer une démarche de prévention ou des contrôles internes des opérateurs concernés, mais d'utiliser le système de contrôle par des tiers de confiance construit par le marché dans le cadre d'une mission de service public. L'économie générale du système ne repose pas principalement sur une internalisation des contrôles, mais sur une autre forme de privatisation de ces contrôles.

La classification et la certification ne se limitent plus au contrôle d'éléments matériels du navire, mais aussi à des procédures d'exploitation et de maintenance des machines et des systèmes de contrôle et de sécurité. C'est dans ce sens, limité, qu'elles recourent le champ de la compliance (en ce qui concerne l'objet des contrôles). On retrouve le même type d'articulation dans les domaines de la sécurité des transports aériens et des transports ferroviaires.

b) On peut aussi évoquer le contrôle de la conformité des produits industriels, au regard de normes techniques, qui sont des référentiels, d'application volontaire, sur leurs caractéristiques, établis le plus souvent par *consensus* entre les professionnels dans le cadre d'un organisme de normalisation. La conformité d'un produit à une norme peut donner lieu à une certification par un tiers, à un marquage ou à un autre signe de qualité. Les autorités, nationales et européennes, ont encadré les activités de normalisation et de certification, pour des raisons qui tiennent à la protection du consommateur, à la libre circulation au sein du marché intérieur, à l'interopérabilité dans certains secteurs (électricité, télécommunications), à la sécurité, à la protection de la santé de l'environnement. Dans certains secteurs, la réglementation technique était assurée par l'État et la certification était très encadrée, et son harmonisation a initialement impliqué l'adoption de textes détaillés.

---

118 L'appréciation est exprimée par une classe inscrite au registre de la société et dans le certificat de classification remis à l'armateur ou au constructeur.

119 Voir : Conseil d'État, *Les pouvoirs d'enquête de l'administrations*, étude réalisée à la demande du Premier ministre, avril 2021 (pp. 54-56 et pp. 110-111).



La « nouvelle approche » de la réglementation sur les produits, à partir de 1985, consiste à restreindre le contenu de la législation harmonisée aux « exigences essentielles » (en matière de sécurité, de performance et de fonctionnalité), et à laisser les spécifications techniques sur la façon d’y répondre à des normes harmonisées – d’application volontaire – élaborées par les organismes européens de normalisation. Elle fait suite à l’arrêt de la CJCE du 20 février 1979 dans l’affaire dite « cassis de Dijon » (aff. C-120/78), qui juge qu’en l’absence d’une réglementation commune les obstacles à la libre circulation ne peuvent pas être acceptés, dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des « *exigences impératives* ». Il n’y avait donc plus lieu de faire figurer les exigences non essentielles (qui ne pouvaient pas subsister dans les réglementations nationales) dans la législation d’harmonisation de l’Union.

Dans le champ de ces directives (qui ne concernent que certains produits présentant des enjeux de sécurité<sup>120</sup>), les produits fabriqués conformément aux normes harmonisées bénéficient d’une présomption de conformité aux exigences essentielles. Le fabricant est libre d’adopter d’autres spécifications techniques, mais il lui faudra démontrer qu’elles répondent à ces exigences, souvent en associant un tiers à l’évaluation de la conformité (« *conformity assessment* »). Le choix entre les modules de contrôle (interne ou par un tiers, selon différentes méthodologies, dont certaines relèvent de l’assurance qualité) dépend également de la dangerosité du produit. Le fabricant doit dans tous les cas rédiger un dossier technique, qui comporte les données utiles sur les moyens mis en œuvre en vue d’obtenir la conformité, rédiger une déclaration de conformité et apposer un marquage CE qui certifie la conformité du produit aux exigences essentielles. S’il a des raisons de croire qu’un produit n’est pas conforme, il doit prendre des mesures correctives ou de le retirer du marché. Le régime de responsabilité sans faute du producteur applicable aux produits défectueux<sup>121</sup> issu de la directive du 25 juillet 1985 (article 1245-3 du code civil) est une incitation à la mise en œuvre efficace de ces mesures.

Les procédures issues de ces textes présentent une forte parenté avec les outils que j’ai évoqués précédemment (dossier technique, articulation avec le régime de preuve, part de l’autocontrôle, déclaration de conformité). Elles sont désignées en anglais par le terme de « *conformity* », mais l’usage de celui de « *product compliance* » progresse dans les textes et dans les entreprises<sup>122</sup>. La réticence à parler de compliance vient peut-être de ce que la démarche se concentre sur la conformité caractéristiques finales d’un produit industriel et non sur celles du fonctionnement d’une organisation et de ses procédures.

---

120 Dispositifs médicaux, chaudières, appareils électriques et à combustible gazeux, machines, jouets, produits de construction, équipements sous pression, instruments de mesure, bateaux de plaisance, explosifs et articles pyrotechniques, équipements de télécommunications.

121 C’est-à-dire qui n’offrent pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre.

122 Les textes européens pris dans le cadre de la nouvelle approche ont longtemps employé en anglais le mot « *conformity* » pour *conformité*. Toutefois, le mot « *compliance* » y est de plus en plus utilisé, comme dans la décision n° 768/2008/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre commun sur la commercialisation des produits ou dans l’intitulé anglais du règlement (UE) 2019/1020 sur la surveillance du marché et la conformité des produits (« *compliance of products* »).



### 3. Les démarches de conformité dans les nouveaux textes européens sur les plateformes numériques

Les nouveaux règlements européens sur les plateformes comportent à des degrés divers des exigences et des incitations relatives à la mise en œuvre de démarches de conformité, dont on peut essayer de retracer la généalogie dans certains des régimes que je viens d'évoquer – en particulier le RGPD et les directives « nouvelle approche ».

a) Pour protéger le droit d'auteur, l'article 17 de la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur (et sur les droits voisins dans le marché unique numérique) encadre la mise en œuvre par les plateformes de contenus d'outils technologiques de reconnaissance d'empreintes numériques, qu'elles paramètrent (comme ContentID, utilisé par YouTube depuis 2007, ou Rights Manager, par Facebook et Instagram depuis 2016) en collaboration avec les titulaires de droits et sous le contrôle du régulateur. Ces outils procèdent d'une forme d'internalisation des exigences de la protection du droit d'auteur, des exceptions à ce droit (citation, parodie) et de la liberté d'expression des utilisateurs<sup>123</sup>. Ils sont l'un des éléments qui permettent à la plateforme de démontrer qu'elle a fait ses « meilleurs efforts » pour obtenir les autorisations des titulaires de droits, prévenir les utilisations illicites et leur fournir les informations pertinentes. Cette démonstration permet aux opérateurs de plateforme d'être exemptés de leur responsabilité à ce titre. La directive prend en compte, à la lumière du principe de proportionnalité, « *la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services* ».

L'économie générale de l'article 17 se rattache ainsi par certains aspects à la compliance. La spécificité du dispositif tient à ce qu'il vient encadrer *a posteriori* – et indirectement à travers un régime de responsabilité – une régulation de fait de l'utilisation des plateformes par des outils logiciels déployés par les opérateurs des plateformes dominantes, pendant deux décennies au cours desquelles le régime issu de la directive sur le commerce électronique les exonérait de toute responsabilité. Il s'agit d'une certaine façon d'explicitier les normes – implicites et automatiquement exécutées – qu'ils ont établies.

L'une des difficultés qu'il présente tient à ce que les « exigences essentielles » ne sont pas aussi univoques et clairement définies que dans les domaines que l'on vient d'examiner : il fait reposer sur l'opérateur de la plateforme la définition d'un équilibre entre la liberté d'expression des utilisateurs (qui ne lui est pas opposable) et la protection de la propriété intellectuelle des titulaires de droits (qui l'est désormais) à travers le paramétrage du logiciel de contrôle, qui affecte très directement et substantiellement les droits de ces tiers.

b) Ce dispositif est incomplet si on le considère indépendamment des deux autres règlements qui vont s'appliquer aux mêmes plateformes, qui précisent leurs obligations procédurales et clarifient jusqu'à un certain point les exigences et les risques que doivent prendre en compte (i) leurs conditions générales d'utilisation et

123 Voir : J.-Ph. Mochon, « Le nouveau régime juridique des plateformes de partage : Comment l'Europe réinvente le droit d'auteur », in *Enjeux numériques*, n° 18, juin 2022.



(ii) les dispositifs (algorithmiques et humains) qui interagissent avec les utilisateurs et contrôlent l'utilisation de la plateforme.

Le règlement du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (dit « DSA ») comporte une vaste palette d'obligations de diligence (« *due diligence obligations* »), en fonction du type de service et du niveau de risque, qui reposent sur des outils de compliance :

- pour l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires, la désignation de points de contacts (pour les autorités et les utilisateurs) et une transparence sur les règles et les procédures de modération des contenus (dans les CGU et dans un rapport annuel),
- pour les hébergeurs (y compris les plateformes), un mécanisme de notification et d'action (« *notice and take down* »), la motivation des restrictions liées aux contenus illicites et à la méconnaissance des CGU (retrait, démonétisation, suspension du compte) et une notification des soupçons d'infractions,
- pour les plateformes, un système interne de traitement des réclamations, un régime de signaleur de confiance, des exigences sur la conception des interfaces, la présentation des publicités, la transparence du système de recommandation, la protection des mineurs,
- pour les très grandes plateformes et pour les très grands moteurs de recherche (TGP), une évaluation des risques (liés aux fonctionnalités susceptibles d'avoir une incidence critique sur ces risques – on reconnaît les « *points de contrôle critiques* » – notamment à leurs systèmes de recommandation, de modération, de présentation de la publicité, de traitement des données personnelles), des mesures d'atténuation « *raisonnables, proportionnées et efficaces* », une transparence renforcée de la publicité, un audit indépendant du respect de leurs obligations et engagements, un responsable de la conformité, des obligations de transparence sur ces différents éléments,
- l'élaboration de normes volontaires (par exemple, sur les notifications, la transparence des publicités, la protection des mineurs) et de codes de conduite est encouragée pour tous les types de services.

Ainsi, un code de bonnes pratiques contre la désinformation en ligne a été adopté, dès 2018, par certains opérateurs de plateformes en ligne (Facebook, Google et X, anciennement Twitter, qui vient d'annoncer qu'il s'en retire) et acteurs du secteur de la publicité sur la base des objectifs fixés par la Commission et modifié en 2022 (après une évaluation de son fonctionnement par celle-ci). Le règlement rend obligatoires certains des engagements qui y figurent, notamment sur la transparence de la publicité, en en élargissant le champ d'application (de la publicité politique à toutes formes de publicité). Leur mise en œuvre s'appuie sur les « bibliothèques publicitaires » développées par certaines plateformes.

Le DSA présente la même ambiguïté que la directive sur les droits d'auteur sur les exigences essentielles en jeu à travers ces obligations procédurales. Elles sont démultipliées par l'énoncé des nombreuses catégories de risques au regard desquels les TGP doivent prendre des mesures d'atténuation (article 33) :



- diffusion de contenus illicites (non limitée aux atteintes à la propriété intellectuelle),
- effets négatifs sur l'exercice des droits fondamentaux (liberté d'expression et d'information, protection de la vie privée, des données personnelles, dignité humaine, non-discrimination),
- effets négatifs sur le discours civique, les processus électoraux, la sécurité publique,
- violences sexistes, effets négatifs sur la protection des mineurs, la santé, le bien-être physique et mental.

La complexité de sa mise en œuvre tient aussi au nombre et à la diversité des systèmes, fonctionnalités et organisations concernés – qui sont autant de points de contrôle – dont les caractéristiques sont souvent mal connues des autorités (comme des systèmes de recommandation fondés sur l'intelligence artificielle (IA) reposant sur des associations entre les contenus ou les similarités entre les préférences des individus). La démarche de conformité comporte des dimensions beaucoup plus nombreuses et instables – comme l'illustre l'évolution récente de Twitter – que le simple paramétrage des systèmes bien établis qui sont en cause dans la directive sur le droit d'auteur (ou *a fortiori* que ceux qui s'appuient sur plusieurs décennies de pratique des contrôles en vue d'une finalité déterminée). Le règlement prévoit le même type de mécanisme de coordination que le RGPD entre l'autorité de l'État membre où se situe l'établissement principal – l'Irlande pour la majorité des dix-neuf très grandes plateformes et très grands moteurs de recherche – et celles des États membres à destination desquels le service faisant l'objet d'une infraction est fourni.

c) Le règlement du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables dans le secteur numérique (DMA) prévoit quant à lui que chaque contrôleur d'accès doit démontrer le respect (« *compliance* ») des obligations qu'il énonce aux articles 5, 6 et 7, en articulant cette exigence avec les pouvoirs d'enquête de la Commission, établir un rapport annuel sur leur mise en œuvre (et en publier une synthèse non confidentielle), faire procéder à un audit indépendant des techniques de profilage des consommateurs qu'il met en œuvre et doit désigner un responsable de la conformité. L'enjeu de la compliance n'est donc pas ici l'extériorisation et l'ajustement de normes internes implicite, mais l'effectivité de la mise en œuvre d'obligations précises dérivées du droit de la concurrence.

Les deux règlements prévoient des plafonds de sanctions très élevés : 10 % du chiffre d'affaires mondial (et 20 % en cas de récidive) pour le DSA, et 6 % pour le DMA.

d) Le projet de règlement sur l'IA, et dans une moindre mesure et le projet de Data Act (pour ce qui concerne les exploitants d'espaces de données, de services de « *cloud* » et les « *smart contracts* ») s'inspirent quant à eux de la « nouvelle approche », ce qui traduit dans le premier cas une forte adhérence avec la réglementation des produits dangereux, qui fait peser l'essentiel des responsabilités sur les producteurs.



## Conclusion

Les différents régimes que j'ai évoqués ont en commun de faire référence à des procédures ou à des modes d'organisation similaires, issus des méthodes de l'audit ou de l'assurance de la qualité, et qui procèdent d'une internalisation des règles et des contrôles. Les autorités publiques interfèrent avec ces démarches en les encadrant (objectifs et procédures) ou en les encourageant, en en contrôlant la mise en œuvre et le cas échéant en la sanctionnant.

Il existe entre eux des différences très importantes. Elles tiennent :

- à la nature des risques et des exigences essentielles en vue desquels ils sont conçus, à la convergence ou non des intérêts entre les opérateurs et la puissance publique, au caractère univoque ou à la multiplicité des équilibres et des arbitrages qu'ils traduisent,
- aux auteurs et à l'architecture des normes, qui peuvent à certains étages, ou sur certains piliers, émaner des opérateurs et refléter un *consensus* sectoriel, le cas échéant aménagé ou homologué par les autorités,
- à une répartition de l'organisation des contrôles en fonction de l'alignement ou du désalignement des objectifs, de l'intensité des enjeux et des ressources des opérateurs et de l'administration.

Ces régimes peuvent être saisis par le contentieux à différents stades. En amont, contre les textes et les actes de droit souple qui les encadrent.

En aval, à travers la mise en cause de la responsabilité ou la sanction de l'obligation de résultat et de l'obligation de moyens de l'opérateurs, isolément ou combinés, ou prise en compte des diligences comme atténuation ou de leur absence comme facteur aggravant.

---

**François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,*  
**modérateur de la table ronde**

Je vous remercie pour ce panorama très riche et très exhaustif de la compliance dans les secteurs non-financiers, qui montre à la fois les spécificités de chacun des secteurs que vous avez choisi de présenter et le fait que commence à se dessiner une espèce de droit commun, des objectifs, une approche, notamment par les risques, et des modalités de ce droit de la régulation par la compliance.

Notons qu'il a été beaucoup question, dans les deux interventions précédentes, de l'Union européenne, et que la compliance se construit également grâce à elle. Sur ce point précis, nous sommes donc impatients d'entendre M. Calleja y Crespo.

M. le directeur général, vous avez la parole.



Je suis heureux d'être parmi vous pour apporter un éclairage du point de vue du droit de l'Union européenne sur cette question : *une compliance ou des compliances ?*

La compliance est, tout d'abord, un outil qui a accompagné le développement du droit de l'Union, de ses compétences et de ses ambitions. Initialement au service de la réalisation d'un marché unique et de l'établissement d'une libre concurrence, la compliance a ensuite permis à l'Union européenne de se positionner sur la scène internationale en adoptant des mécanismes, c'est-à-dire des compliances, indispensables au développement des entreprises européennes sur d'autres marchés comme, par exemple, aux États-Unis. Puis, le développement du numérique a été l'occasion pour l'Union européenne d'assumer une direction, un « *leadership* », et de faire œuvre créatrice en établissant, pour la première fois dans le monde, au travers de ses règlements, des standards respectueux de nos valeurs, de nos objectifs et de nos préoccupations sociales et environnementales imposés aux entreprises internationales du numériques. Face à l'ambition de l'Union européenne de promouvoir ses objectifs sociaux et environnementaux, la compliance apparaît comme un outil adapté à de tels enjeux.

À titre liminaire, j'évoquerai en premier lieu l'approche traditionnelle, qui a prévalu au début de la construction européenne, fondée sur la légalité et la conformité (1). Par la suite, le développement du marché unique et l'extension des compétences de l'Union ont rendu irréalizable la poursuite de cette approche, ce qui a amené l'Union à développer une approche plus rationnelle, fondée sur une logique de responsabilité des acteurs économiques. Dans ce contexte, nous verrons comment cette logique de compliance s'est développée de façon sectorielle dans le cadre du droit de l'Union (2), d'abord dans le cadre des marchandises (a), puis dans celui des services (b). Enfin, nous nous interrogerons pour savoir s'il est possible de tirer de ces compliances sectorielles une approche unitaire de la compliance (3).

### **1. De l'approche traditionnelle de la conformité à une logique de compliance**

L'Union européenne est avant tout une Union de droit : c'est ainsi qu'elle a été pensée, et tout dans la construction communautaire converge en ce sens. Les traités fondateurs ont institué un ordre juridique propre et autonome à l'Union, centré autour de différentes institutions, lesquelles se voient conférer par les États membres des compétences pour les exercer au nom de l'Union.

La Commission possède le droit d'initiative de la législation européenne, et elle est la gardienne des traités. Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne votent les propositions de la Commission, lesquelles sont ensuite mises en œuvre par les États. Les juges nationaux ont la mission d'assurer le respect du droit dans les États membres. En cas de violation du droit de l'Union par les États, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) intervient pour constater les manquements et sanctionner les États membres. Le mécanisme de renvoi préjudiciel joue un rôle

clé, puisqu'il établit un dialogue entre le juge national et la Cour de Luxembourg. De ce fait, le juge national est aussi juge communautaire.

Ce système, conçu à une époque où la Communauté économique européenne (CEE) ne comprenait que six États membres, pour une population de 167 millions d'habitants, reste valable en 2022 où l'économie de l'Union affiche un PIB de 16 000 milliards d'euros et concerne 447 millions d'habitants dans 26 pays.

Néanmoins, entre 1958 et 2023, l'Union européenne a dû adapter ses méthodes pour permettre la poursuite de ses objectifs. Ainsi, les mutations de l'Union, tant par ses différents élargissements que par son intervention dans de nouveaux domaines, ont conduit à une évolution des méthodes employées pour assurer le respect du droit. C'est dans ce contexte que s'est développée une logique de compliance.

### *Le développement d'une logique de compliance*

Au sein de l'Union européenne, la compliance constitue un bouleversement de la logique qui avait prévalu jusqu'alors. Là où l'Union s'inscrivait dans une logique de sanction de la violation du droit de l'Union, la compliance obéit à une logique de prévention des risques en laissant le secteur économique s'approprier les réglementations qui lui sont applicables, ainsi que leur mise en œuvre, au sein d'un programme de compliance.

La compliance consiste donc moins à savoir si les entreprises enfreignent les règles qui s'appliquent à elles, que de savoir si elles mettent en œuvre, en leur sein, un dispositif efficace pour prévenir les risques d'infractions auxdites règles. Le but avoué de la compliance est fondé sur une approche de gestion des risques, en comptant davantage sur la responsabilisation des acteurs pour faire diminuer le risque d'infractions, et réserver le contrôle aux risques d'atteinte aux droits de l'Union les plus graves.

Ainsi, là où la régulation fixe des objectifs à atteindre, la compliance constitue, en quelque sorte, une exigence de moyens qui impose aux acteurs de s'autoréguler sous certaines conditions.

Comme nous le constaterons, la compliance ne s'est pas développée au sein d'un instrument unique, lequel aurait irrigué tous ces différents domaines, mais de façon sectorielle, au fur et à mesure du développement de l'Union européenne et de son intervention dans de nouveaux domaines.

## **2. Des compliances : du développement de compliances sectorielles, des ambitions toujours plus grandes**

Ce développement de compliances sectorielles a permis à l'Union d'apporter une réponse à des problèmes spécifiques relevant de chaque domaine pour lesquels une approche traditionnelle de la régulation ne semblait pas en mesure d'agir de manière satisfaisante.



## a) Une première application dans le marché des biens : l'auto-certification

### *De l'approche traditionnelle à la « nouvelle approche »*

À la fin des années 1960, les barrières techniques, c'est-à-dire les normes et les réglementations techniques des États membres, demeuraient les seuls obstacles à la réalisation d'un marché unique des biens. L'Union européenne lançait alors un vaste programme d'harmonisation, afin de supprimer les réglementations et autres normes techniques divergentes entravant la libre circulation des marchandises. Pour ce faire, l'Union adoptait une approche traditionnelle de la réglementation technique, c'est-à-dire une approche qui reflétait la manière dont les autorités nationales élaboraient leur propre réglementation, en fixant des normes techniques très détaillées. La mise en œuvre de cette pratique se heurta cependant rapidement à la lourdeur du *processus* d'adoption de ces normes d'harmonisation, lequel nécessitait l'unanimité.

C'est au cours de cette même période que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dégagât, en 1979, un principe de reconnaissance mutuelle dans la célèbre affaire dite « Cassis de Dijon »<sup>124</sup> qui établit le principe fondamental que tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre. Cette jurisprudence souleva des inquiétudes chez certains États membres, au point que nombre d'entre eux se demandèrent si l'on ne risquait pas de s'acheminer vers un nivellement par le bas en termes d'harmonisation, mais inspira la Commission qui développa une « nouvelle approche », en cherchant un point d'équilibre entre le trop et le trop peu de normes.

### *Le fonctionnement de la « nouvelle approche » : les directives sectorielles « nouvelle approche »*

Cette nouvelle approche, adoptée par le Conseil de l'Union européenne en 1985, distingue deux niveaux dans la fabrication des normes applicables au marché européen. Elle limite l'harmonisation législative à des exigences essentielles, lesquelles ont vocation à protéger les utilisateurs et les consommateurs, en prévenant tout nivellement par le bas en matière de sécurité. Cela a conduit à l'adoption de nombreuses directives sectorielles, dites directives « nouvelle approche », concernant les machines, les ascenseurs, les instruments de mesure, les jouets, ou les dispositifs médicaux. Ces directives sectorielles définissent les exigences essentielles que ces produits doivent respecter pour être mis sur le marché, et les types de risques qu'elles entendent couvrir. Ces exigences essentielles doivent être respectées par tous les produits mis sur le marché et, dès lors qu'elles le sont, et en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, ces produits peuvent être admis dans les marchés de tout État membre. Des organes compétents en matière de normalisation industrielle se voient confier la tâche d'élaborer des spécifications techniques de fabrication, lesquelles ont vocation à permettre le respect des exigences essentielles. Ce respect des spécifications

124 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (demande de décision préjudicielle formée par le Hessisches Finanzgericht), aff. 120/78.



techniques n'est pas obligatoire, mais oblige les fabricants y dérogeant à démontrer qu'ils en respectent les exigences essentielles.

Ainsi, la « nouvelle approche » innove en séparant, d'une part, la formulation d'objectifs communs à atteindre (les exigences essentielles), et, d'autre part, les procédures de fabrication, lesquelles restent à l'appréciation du fabricant pour autant qu'elles permettent d'atteindre ces objectifs. Quel que soit le procédé utilisé, ce ne sera qu'après l'évaluation de sa conformité aux exigences essentielles que tel ou tel produit sera considéré apte à circuler dans l'ensemble de la Communauté.

Nous voyons ici, comment s'effectue la combinaison entre la réglementation, et les premiers pas de la compliance, à travers une formule simple et efficace : les États membres restent responsables de la conformité à ces exigences essentielles des produits mis sur leur marché national, et indiquent, directive par directive, quels organismes en ont la charge sur leur territoire. Ces organismes sont notifiés à la Commission. Cette notification permet à l'organisme concerné d'effectuer des évaluations de conformité à la réglementation européenne.

#### *Le nouveau cadre législatif et le marquage CE*

En 2008, un nouveau cadre législatif pour les procédures d'évaluation de la conformité est établi, par le biais duquel a été introduite l'idée de l'auto-certification et du marquage CE<sup>125</sup>. Le marquage CE est un élément central de ce système. Ce cadre permet que les produits qui en sont revêtus, à travers ces mécanismes d'auto-certification, puissent circuler librement au sein du marché intérieur, car il est réputé conforme aux exigences essentielles de sécurité auxquelles il correspond. Aucun État membre ne peut, en principe, s'opposer à sa diffusion. Ce qui oblige les producteurs à faire appel à un certain nombre d'organismes pour vérifier la conformité de ces produits. Cette auto-certification ne concerne que les produits qui ne présentent a priori pas de danger.

En outre, ce nouveau cadre législatif introduit, tout au long de la chaîne de production, un partage clair des responsabilités entre opérateurs (fabricants, importateurs et distributeurs).

De cette façon, nous garantissons au sein de l'Union européenne la libre circulation des marchandises. Ceci amoindrit-il le rôle des États membres et de la Commission ? Non, car les États membres restent responsables de la conformité de ces exigences essentielles et, à travers les autorités de surveillance, effectuent des contrôles ponctuels afin de vérifier que les produits soient conformes aux règles établies. La Commission, quant à elle, vérifie auprès des États membres que les mécanismes de surveillance ont eu lieu, et en cas de problèmes peut s'adresser aux autorités nationales pour qu'elles remédient à la situation. En outre, la Commission assure le respect du droit de l'Union par les États membres, et donc le respect des différentes obligations qui leur incombent, *via* la procédure de recours en manquement.

---

125 Règlement (CE) 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits, JO L 218 du 13 août 2008, pp. 30-47.



Les objectifs de l'Union européenne en matière de réalisation d'un marché intérieur, et de protection des consommateurs ont poussé l'Union à responsabiliser les acteurs économiques intervenant sur la chaîne de production. Dans le cadre des biens, la compliance vis-à-vis de ceux-ci s'est limitée à la mise en œuvre de *processus* internes de fabrication, ou à la réalisation de contrôle *a priori* de conformité donnant lieu à l'émission d'auto-certification. Combiné à la libre appréciation par les fabricants des moyens techniques de conformité, cela a conduit à une plus grande responsabilité des entreprises dans la démonstration de la conformité à travers des mécanismes de compliance. L'autre aspect de la compliance qui s'est développé dans le domaine des biens est celui relatif aux obligations de transparence et d'information, qui pèsent sur tous les acteurs économiques de la chaîne, garantissant la traçabilité des produits.

L'approche adoptée dans le cadre de cette compliance est une approche fondée sur l'évaluation des risques : elle proportionne le degré de liberté des acteurs économiques à la gravité du risque susceptible d'être encouru par les consommateurs.

Le développement de la compliance dans le secteur des services va perpétuer cette approche. Cependant, comme nous le constaterons, la compliance appliquée au marché des services et des capitaux va aller plus loin que la simple auto-certification, en tendant à développer une éthique des affaires.

### **b) Une extension de la compliance au marché des services : le développement d'une éthique des affaires**

Dans le domaine des services, l'Union européenne va mettre encore davantage l'accent sur la responsabilité des acteurs économiques. Ainsi, l'ambition de la compliance appliquée aux services va aller au-delà de la simple auto-certification. Au fil du temps et des réglementations sectorielles, de nouveaux outils de compliance vont être développés, tels que la tenue de registre, la réalisation d'audits internes ou la mise en place de systèmes de gestion de la conformité. Dans certains domaines particulièrement concernés par la compliance, c'est une véritable éthique des affaires qui se développe.

*Dans le domaine de la régulation financière : les directives anti-blanchiment*

Le domaine financier est un domaine traditionnel de la compliance puisque, historiquement, la compliance est d'abord apparue dans les domaines financiers et bancaires. Ces deux domaines illustrent parfaitement le développement de la logique de compliance en ce qu'ils ont fait l'objet de plusieurs réglementations, lesquelles obligent les acteurs économiques intervenant dans ces domaines à mettre en place des mécanismes de compliance toujours plus poussés.

Ainsi, par exemple, au-delà de la simple auto-certification dans le domaine financier, dans lequel les États-Unis ont pris un certain *leadership*, la lutte contre



le blanchiment des capitaux et les six directives européennes dans ce domaine<sup>126</sup> montrent l'arsenal d'outils pour lutter contre le blanchiment.

De ce fait, entre 1990 (adoption de la première directive) et 2018 (adoption de la sixième directive), ces six directives européennes ont mis en place un arsenal d'outils de lutte contre le blanchiment, au nombre desquels on compte des mécanismes de compliance.

À cet égard, six étapes montrent combien la compliance est utilisée dans ce domaine :

Premièrement, les entreprises doivent effectuer une évaluation interne du risque de blanchiment de capitaux pour identifier les risques spécifiques liés à leurs activités, leurs clients et leurs partenaires.

Deuxièmement, elles doivent mettre en œuvre des procédures de vigilance à l'égard des clients.

Troisièmement, elles doivent déclarer leurs relations d'affaires à l'autorité compétente.

Quatrièmement, elles ont l'obligation de mettre en œuvre des mesures internes.

Cinquièmement, elles doivent signaler toute transaction suspecte.

Enfin, la sixième directive<sup>127</sup> est allée beaucoup plus loin et oblige les organisations et les entreprises, dont les activités sont réglementées et concernées, à développer des procédures technologiques pour se conformer à ses exigences. Autrement dit, il est obligatoire de disposer de la capacité technologique pour agir, afin de se conformer à ladite directive.

À travers ces six étapes, nous voyons comment le droit de l'Union européenne s'étend aux services à travers la compliance, en imposant des obligations aux opérateurs économiques pour permettre à la Commission d'atteindre les objectifs de sa réglementation.

---

126 Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission. Directive (UE) n° 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.

Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal.

127 Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018, préc.



Les directives de lutte contre le blanchiment déploient toute la palette des outils dont l'Union dispose, et montre ainsi que la compliance n'en est qu'une déclinaison qui s'y intègre parfaitement. À cet égard, il est intéressant de noter que la sixième directive entend opérer une harmonisation des législations pénales des États membres, marquant ainsi le fait que le recours à des mécanismes de compliance n'est pas antinomique avec le développement parallèle d'autres outils plus traditionnels.

### **c) Le développement de la compliance dans le domaine du numérique : des ambitions de protection et de promotion des droits fondamentaux**

Dans le domaine du numérique, contrairement au domaine financier, l'Union européenne a su faire preuve d'innovation en étant la première à le réglementer. L'Union a en effet occupé le terrain avant tout autre État dans le monde, parce qu'elle avait la préoccupation légitime de préserver nos valeurs dans un domaine où la situation exigeait une réglementation face aux abus des plateformes et des géants du numérique anglo-saxons, s'agissant notamment du contrôle de nos données personnelles.

L'Union a donc elle-même posé les fondements d'un droit de la compliance adapté au numérique, en déterminant les risques qu'il convenait de surveiller. À l'instar des normes américaines dans les domaines financier et bancaire ayant un caractère extraterritorial – qui a obligé le monde et notamment l'Europe à se mettre au diapason afin d'accompagner ses entreprises et de les pousser à veiller à la mise en œuvre de procédures de compliance qui les protègent –, les normes de l'Union européenne relatives au numérique ont également un caractère extraterritorial s'appliquant à tous les acteurs du numérique intervenant sur le marché européen. Ces normes ont donc vocation à s'étendre et – peut-être – à être reprises à l'international.

Au travers de trois règlements fondateurs d'un droit européen du numérique que sont : le règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>128</sup>, le règlement sur les services numériques<sup>129</sup> et le règlement sur les marchés numériques<sup>130</sup>, l'Union européenne a élaboré un cadre législatif qui met notamment en place des mécanismes de compliances, que les acteurs du numérique ont l'obligation de mettre en œuvre.

Le RGPD a été le premier à mettre en place des mécanismes de compliance dans le secteur des services numériques. Cette compliance est centrée autour de trois principes de base : i) la logique de responsabilisation des acteurs, ii) la coresponsabilité des sous-traitants et iii) l'obligation du « *privacy by design* ».

128 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 (règlement général sur la protection des données).

129 Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

130 Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).



i) La logique de responsabilisation met l'accent sur la responsabilité des organisations qui traitent des données personnelles, les rendant responsables de leur conformité avec le règlement. Cela signifie que les organisations doivent prendre les mesures appropriées pour garantir la protection des données personnelles et démontrer leur conformité. Cette conformité doit être assurée par diverses obligations qui pèsent sur les organisations traitant des données.

ii) Dans la même logique que ce qui prévaut dans le cadre du marché des biens, il y a une chaîne des responsabilités qui se dessine également dans le RGPD. Ainsi, la coresponsabilité des sous-traitants est également un aspect important du RGPD : ce n'est pas seulement l'entreprise principale qui est seule responsable du traitement de nos données personnelles, mais ce sont aussi ses sous-traitants qui, à ce titre, sont également responsables vis-à-vis de cette protection ; de sorte que cela oblige les entreprises à choisir des sous-traitants fiables.

iii) Enfin, il faut noter l'obligation d'intégrer la protection des données personnelles dès la conception des produits, services ou systèmes informatiques, avec l'idée d'anticiper et de prendre en compte les principes de protection des données dès le stade de la conception, plutôt que de les ajouter *a posteriori*. C'est ce que l'on nomme en anglais : « *privacy by design* » ou protection de la vie privée dès la conception.

Minimisation des données collectées, sécurité des données, transparence, respect des droits des individus font ainsi partie des quelques éléments clés que l'Union européenne a mis en place en 2016 avec le RGPD, lequel décline, dans le secteur du numérique, les outils de la compliance, s'inscrivant ainsi dans une démarche ancienne, mais en faisant œuvre créatrice en l'appliquant pour la première fois au secteur du numérique.

À ce texte fondamental, deux règlements ont été adoptés, en 2022, dans le domaine du numérique et ont vocation à encadrer, d'une part, les services numériques et, d'autre part, les marchés numériques : le Digital Services Act (DSA) et le Digital Markets Act (DMA), lesquels prévoient de limiter la domination économique des grandes plateformes et la diffusion en ligne.

Le règlement (UE) 2022/2065 relatif à un marché unique des services numériques (Digital Services Act) veut mettre en pratique le principe selon lequel ce qui est illégal hors ligne est illégal en ligne. Dans le cadre de ce règlement, différentes obligations incombant aux acteurs économiques concernés constituent des mécanismes de compliance. Ainsi, ce règlement fixe-t-il un ensemble de règles pour responsabiliser les plateformes numériques et lutter contre la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables, ou de produits illégaux. Le règlement prévoit de nombreuses mesures, graduées selon les acteurs en ligne, selon la nature de leurs services et de leur taille. Les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche sont soumis à des exigences plus strictes.

Dans ce contexte, l'Union européenne se positionne véritablement devant tous les autres États avec une législation novatrice, développée en accord avec les États membres et le Parlement européen. Nous sommes en train, pour la première



fois, de mettre en vigueur ce règlement de la condition générale, les contenus, la transparence, les obligations spécifiques pour les plateformes, les mécanismes de notification. En outre, dans ce domaine, la Commission dispose d'importants pouvoirs d'inspection, d'enquête et de demandes. Elle peut intervenir et exiger le respect, et, pour les services numériques, imposer des amendes qui pourraient s'élever jusqu'à 6 % du chiffre d'affaires mondial annuel de la plateforme au cours de l'exercice précédent.

Le règlement 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Digital Markets Act) répond au constat que, plus de 10 000 plateformes en ligne opèrent en Europe, mais seules les plus grandes plateformes dites « systémiques » captent l'essentiel de la valeur du marché numérique européen. Le droit de la concurrence, seul, qui intervient *a posteriori* (*ex post*) en sanctionnant les ententes ou les abus de position dominante, ne suffit pas à réguler efficacement le marché numérique.

Le DMA est particulièrement intéressant, car des obligations à prendre des mesures visant à une compliance interne sont combinées à des mesures fortes d'exécution par les autorités publiques et, en premier lieu, par la Commission : il apparaît clairement que le rôle de la Commission dépasse de loin les seuls pouvoirs de sanction. Ainsi, la compliance permet, non seulement, une plus grande souplesse pour les acteurs, qui se voient accorder une chance de se mettre en conformité, mais également une marge de manœuvre plus importante pour la Commission qui peut accompagner la mise en conformité. Cette plus grande souplesse s'accompagne d'un important pouvoir de sanction (dont le montant peut aller jusqu'à 20 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise) et, en cas de récidive, l'interdiction d'opérations d'acquisition d'entreprises, voire le démantèlement de leurs activités.

Cela constitue peut-être un nouveau modèle d'application : combiner dans un même texte des mesures prévoyant à la fois des instruments internes et renforçant les pouvoirs publics. Cela semble être opportun, voire nécessaire, car les règles sont de plus en plus complexes et leur application effective est cruciale, afin de donner des résultats concrets à des enjeux importants de notre société.

Cette approche claire permet de prendre des mesures graduées selon les acteurs en présence, leur nature, leur service et leur taille. Les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherches qui agissent actuellement sur ce marché sont soumis à des exigences plus strictes. De nouvelles logiques existent, fondées sur la prévention des risques, avec l'obligation d'avoir un point de contact unique, de coopérer avec les autorités nationales, et d'identifier les risques systémiques : contenus illicites, atteintes aux droits fondamentaux, risques d'effets négatifs sur les *processus* démocratiques ou risque d'effets négatifs sur la santé publique ou sur la protection des mineurs.

Enfin, pour compléter mon propos, l'on peut ajouter un quatrième exemple, lequel n'est pas encore adopté au moment où ce colloque a lieu : la proposition



de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité<sup>131</sup>, visant à atteindre les objectifs de développement durable des Nations Unies, notamment les objectifs liés aux droits de l'homme et à l'environnement.

Pour la première fois, ce texte va obliger les entreprises à mettre en œuvre des procédures internes pour atténuer les incidences négatives à la fois dans leurs chaînes de valeurs, sur les droits de l'homme et sur l'environnement, et à intégrer la durabilité dans leur système de gouvernance et de gestion d'entreprise, ainsi qu'à élaborer leurs décisions commerciales au regard desdites incidences sur les droits de l'homme, le climat et l'environnement, ainsi qu'au regard de la résilience de l'entreprise sur le long terme, à travers ces obligations de moyens ou ces mécanismes de prévention.

Ceci montre que nous utilisons également cette logique de compliance au service de valeurs supérieures, seules à même de préserver notre planète et ses ressources.

Ainsi, à rebours du mouvement historique du développement de la compliance dans le droit de l'Union européenne, qui consistait à s'appliquer à des domaines dans lesquels le droit de l'Union se développait, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises entend intervenir sur des secteurs déjà réglementés. L'ambition de cette directive ne se limite donc pas à intervenir dans un nouveau secteur, mais à imposer de nouveaux objectifs. Ces objectifs, contrairement aux exemples précédents, n'ont pas une portée sectorielle, mais, au contraire, une portée plus générale ; et nous voyons à travers cet instrument que la compliance sort de son carcan sectoriel pour s'autonomiser et permettre la réalisation d'objectifs plus généraux.

De sorte que, à travers des obligations de moyens comme l'intégration du devoir de vigilance dans les politiques des entreprises, le recensement des incidences négatives réelles et potentielles, et la prévention des incidences négatives potentielles, l'ambition est grande : il s'agit de mettre la compliance, *via* la mise en œuvre de procédures internes, au service d'un objectif de résultats qui est la suppression des incidences négatives réelles sur les droits fondamentaux et le droit de l'environnement. Cette directive a vocation à compléter les cadres normatifs déjà en œuvre.

Cette proposition de directive se place dans la continuité logique du *processus* de développement de la compliance qui, au fil de son incorporation dans le cadre juridique européen, a pris de l'ampleur et a eu vocation à poursuivre des objectifs toujours plus ambitieux.

Le respect des droits de l'homme, la protection de l'environnement, l'équité et la contestabilité des marchés sont des aspects pour lesquels les citoyens et les entreprises attendent des réponses de l'Europe. La compliance représente donc un grand défi de l'intégration européenne : au moins une partie de la réponse repose sur la combinaison d'une approche novatrice avec le renforcement des outils existants.

---

131 Commission européenne, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final, 23 février 2022.



C'est en partant de compliances sectorielles – au pluriel – que nous aboutirons peut-être à une compliance, infusant différents domaines du droit.

### **3. Une compliance : des principes généraux de la compliance qui irriguent les compliances sectorielles**

La compliance s'est développée dans le droit de l'Union dans la continuité du droit de la régulation, en ayant une approche sectorielle et fragmentée. L'unité n'apparaît ainsi, à première vue, pas tant dans la substance des matières concernées que dans la forme, qui comprend toujours l'obligation pour les acteurs concernés de mettre en place une procédure *ex ante* (politiques internes, procédures de contrôle, formations, mise à disposition d'informations, évaluation des risques), ainsi qu'une procédure *ex post*, mise en œuvre par l'autorité de régulation ou par la Commission, et qui se concrétise par l'infliction de sanctions en cas de violation du droit de l'Union.

Mais il serait réducteur de restreindre l'unité de la compliance à ses outils. En effet, trois principes clés permettent d'en préciser le contour :

i) La compliance ou les compliances présente(nt) une logique interne commune à travers une approche fondée sur la prévention des risques, qu'il s'agisse d'identifier, de prévenir ou d'encadrer le risque, et sur le respect du principe de proportionnalité, lequel irrigue toutes les compliances sectorielles : proportionnalité de la gravité de l'atteinte à l'intensité des contrôles, en matière de santé, quand il s'agit de risque pour la santé ou la sécurité ou encore de vie privée, et proportionnalité des obligations de compliance selon la taille des opérateurs, dans les droits financier et numérique, où il s'agit de ne pas faire peser un poids disproportionné sur les opérateurs ne présentant que peu de risques.

C'est également cette approche par la gestion du risque qui place les autorités de régulation au centre de la logique de la compliance. En effet, elles sont en mesure d'émettre des lignes directrices et des recommandations, afin que les opérateurs puissent comprendre ce que l'on attend d'eux. Un dialogue peut alors s'engager entre les acteurs économiques et les autorités de régulation, pour parvenir à réaliser le but de la compliance, à savoir la réalisation d'actions préventives.

ii) La compliance est un outil au service du droit et des objectifs de l'Union européenne. La compliance trouve tout son sens dans le droit de l'Union. Loin de s'éloigner de la logique de légalité, laquelle est au fondement de la construction communautaire, la compliance permet de la renforcer en ajoutant des étapes intermédiaires avant la sanction. C'est ce qui explique, comme nous l'avons vu, les sanctions importantes qui interviennent lorsque les procédures de compliance ne sont pas respectées. C'est un mouvement qui a pour finalité de prévenir les atteintes au droit de l'Union. Et c'est également ce qui explique que des approches plus classiques de la régulation continuent à intervenir dans des domaines régis par la compliance. Il y a là une logique de complémentarité et de services par rapport aux objectifs de l'Union.



En effet, la compliance se développe particulièrement dans des domaines où une atteinte concrète aux droits produit des effets que la simple sanction de l'atteinte ne peut pas réparer. Il en est ainsi des atteintes à l'environnement, à la santé humaine, à la sécurité.

La compliance contribue également à la réalisation des objectifs de l'Union européenne tels qu'énoncés à l'article 3 du traité sur l'Union européenne (TUE)<sup>132</sup>, notamment la construction d'un marché intérieur et la protection des citoyens de l'Union. En effet, en favorisant la transparence, la responsabilité et la confiance, la compliance renforce l'efficacité des politiques de l'Union européenne et contribue à prévenir les distorsions de concurrence, à garantir des conditions équitables pour tous les acteurs du marché, et à promouvoir la confiance des consommateurs et des investisseurs. En veillant à ce que les règles soient respectées de manière équitable et cohérente, elle favorise également un environnement économique et social propice à la croissance, à l'innovation et à la prospérité.

iii) Enfin, la compliance doit être avant tout un outil de promotion des valeurs de l'Union européenne, c'est-à-dire les valeurs que sont la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit et le respect des droits de l'homme<sup>133</sup>. La compliance doit nous aider à traduire ces valeurs en politiques et en pratiques concrètes au sein des entreprises et des organisations. Par ce fait, en se conformant aux réglementations de l'Union européenne, et en adoptant des politiques et des procédures conformes à ces valeurs, les entreprises contribuent à promouvoir et à renforcer l'application des principes de l'Union. La compliance doit aussi nous permettre de projeter ces valeurs d'humanisme en dehors de l'Union européenne dans un cadre global, puisque le fait d'agir, d'occuper le terrain et de réglementer,

---

132 « 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

« 2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

« 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. / Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. / Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. / Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

« 4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.

« 5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations Unies.

« 6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités » (article 3 du TUE).

133 « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes » (article 2 du TUE).



peut aussi permettre à d'autres États de s'en inspirer et de les suivre. Il convient de rappeler ici que certaines des normes que nous avons abordées ont un caractère extraterritorial. Aussi, la promotion des valeurs de l'Union européenne au sein des pratiques de compliance dépasse-t-elle les frontières de l'Union.

En garantissant le respect de ces principes fondamentaux, la compliance renforce, non seulement, la légitimité et la légalité des actions de l'Union européenne, mais aussi la confiance des citoyens européens dans le projet européen.

## **Conclusion**

En passant d'une approche purement technique dans le cadre du marché des biens et des services à une compliance porteuse de valeurs et d'ambitions, l'Union européenne a voulu s'appuyer sur cette méthode à la fois novatrice et efficace, qui n'exclut ni les méthodes traditionnelles – avec une approche *ex ante* préventive –, ni le pouvoir de sanction – avec l'approche traditionnelle *ex post* –, pour faire avancer ses objectifs.

C'est ainsi que l'évolution de la compliance dans le cadre de l'Union européenne est passée d'une dimension très procédurale à une dimension plus comportementale, permettant de diffuser au sein des entreprises ses valeurs d'éthique et de responsabilité, et, au-delà, de contribuer à promouvoir les valeurs fondamentales de l'Union européenne, parties intégrantes de son ADN, et à les projeter sur la scène internationale.

La compliance est un outil au service du droit. Là est son fil conducteur.

---

### **François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci beaucoup, M. le directeur général. À vous écouter, à entendre les exposés précédents, je me dis que la compliance ne ressemble pas vraiment à un jardin à la française, mais ce n'est pas parce qu'il n'est pas dessiné selon nos principes qu'il n'y a pas des règles communes ou un ordre qui se dégage.

Je donne maintenant la parole à Mme la Première avocate générale, pour dresser une synthèse de nos échanges.

---

### **Christine Guéguen**

*Première avocate générale à la chambre commerciale de la Cour de cassation,*  
**rapporteur**

Merci M. le président. La synthèse va être difficile, parce que nous avons eu des exposés très riches, aussi vais-je me référer à la fois à l'intitulé du colloque (« De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ? ») et au sujet de notre table ronde (« Une compliance ou des compliances ? »).



Partons déjà du titre « De la régulation à la compliance ». Cet intitulé est particulièrement intéressant parce que la compliance, d'une certaine manière, est née de la régulation. Mme Barbat-Layani l'a rappelé, la régulation est née aux États-Unis avec la crise de 1929, qui a obligé les pouvoirs publics à réagir et à trouver d'autres manières de protéger les investisseurs. Cela s'est d'abord traduit par une volonté d'associer les professionnels des marchés financiers et leurs interlocuteurs habituels à l'élaboration, la mise en œuvre et la sanction de réglementations extrêmement techniques devant lesquelles le juge était un peu démuné. C'est la naissance du régulateur, dont le premier, vous l'avez rappelé Mme Barbat-Layani, est, en 1934, la SEC aux États-Unis. En France, il faudra attendre une ordonnance de 1967<sup>134</sup> pour voir créer la Commission des opérations de bourse qui a permis de regarder les choses avec un autre regard, en associant des professionnels pour aider le régulateur à interpréter les normes existantes et les mettre à la portée des personnes régulées.

On notera, et c'est important, qu'il existe dans ce mouvement une volonté de permettre une meilleure appropriation de la norme par les personnes régulées.

Certes, on a présenté le droit de la régulation comme étant uniquement de la conformité ; ce n'est pas faux, car il s'agit bien de se conformer aux normes, mais il s'agit, pour pouvoir se conformer aux normes, de laisser les acteurs s'approprier les normes elles-mêmes en leur indiquant des moyens d'y parvenir. M. Ollier l'a rappelé en précisant que la compliance, quand elle est définie comme étant de la conformité, est uniquement de la conformité à la norme. Mais la compliance va au-delà. Ce sont aussi les procédures par lesquelles on parvient à se conformer sans risque à une norme ; et c'est en cela que c'est un outil de régulation extrêmement efficace, c'est-à-dire que l'on fait porter aux acteurs, aux personnes régulées, la culture de la norme. On les responsabilise autour de la connaissance de la norme en les obligeant à prendre les moyens de la mettre en œuvre et de la respecter.

La régulation ayant été rapidement perçue comme efficace, on a vu croître le nombre d'autorités chargées de réguler certaines activités et les pouvoirs qui leur étaient octroyés.

Mme Barbat-Layani l'a indiqué, la Commission des opérations de bourse a ainsi connu un accroissement de ses pouvoirs à deux reprises en 1989 et en 1996<sup>135</sup>. Dans le même temps, l'intérêt de cette « autre manière de faire » a conduit à la calquer dans de nouveaux domaines d'activité. La création de la CNIL, évoquée à cette table à plusieurs reprises, n'est qu'un exemple parmi bien d'autres.

M. Ollier a d'ailleurs énuméré les nombreuses autorités de régulation qui ont ainsi été créées : la Commission de régulation de l'énergie (CRE), l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse

---

134 Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.

135 Autorité administrative indépendante créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967 et réorganisée par les lois du 2 août 1989 et du 2 juillet 1996. En 2003, elle a été fusionnée avec le Conseil des marchés financiers pour former l'Autorité des marchés financiers (AMF).



(Arcep), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), etc.

En réalité, la compliance, vue comme outil de mise en conformité, a d'abord été mise en œuvre par les régulateurs parce que sa finalité correspond à celle de la régulation. C'est ce que M. Calleja y Crespo a évoqué en soulignant que la compliance était essentiellement un mécanisme de prévention, de maîtrise et de gestion des risques.

### ***Prévenir plutôt que guérir***

Il a souvent été dit que les règles fixées par les régulateurs et les professionnels et regroupées sous l'appellation compliance avaient pour but d'éviter le juge. En réalité, ces règles ont, à mon sens, essentiellement pour but d'éviter le dommage, et non le juge. En effet, l'aspect préventif me paraît extrêmement important dans la compliance.

C'est ainsi que pour éviter les conséquences de l'extraterritorialité du Foreign corrupt practises Act (FCPA) de 1977, qui, aux États-Unis, est venu pénaliser la corruption d'agents publics étrangers par les sociétés cotées aux US, le législateur français a eu recours à des mécanismes de prévention et de traitement des risques contre la corruption.

La loi « Sapin 2 » de décembre 2016 a, à cet effet, créé l'Agence française anticorruption (AFA) en lui donnant mission de contrôler la soumission d'entreprises d'une certaine taille à des dispositifs de prévention et de maîtrise du risque de corruption.

Le législateur européen, MM. Calleja y Crespo et Ollier l'ont rappelé, n'a pas échappé à cette volonté de recourir à des mécanismes de prévention.

Ne serait-ce pas finalement une extension ou une interprétation du principe de précaution ? La volonté de prendre les précautions utiles pour éviter le dommage.

Le développement de cette logique de compliance à l'échelle européenne s'est d'abord fait dans des secteurs bien définis, comme le marché des biens industriels, grâce à un programme d'harmonisation destiné à faire disparaître les barrières techniques nationales. Avec des directives sectorielles, dites nouvelle approche, à la recherche d'un point d'équilibre entre trop de normes et pas assez de normes (ascenseurs, machines, jouets, dispositifs médicaux) formulant, non pas des exigences ou procédures techniques précises à respecter, mais des objectifs à atteindre avec dans certains cas la possibilité de faire une sorte auto-certification en laissant le fabricant évaluer lui-même la conformité de ses produits à ces objectifs.

Il s'agit de maîtriser le risque au maximum parce que tout le monde a conscience que même si le juge sait réparer les dommages, certains sont irréparables. Par conséquent, il est toujours préférable, comme dit le proverbe, de prévenir plutôt que de guérir, c'est-à-dire de prévenir plutôt que de sanctionner et de réparer.



La sanction du comportement inadapté à la règle et la réparation de ses conséquences ne constituent plus la finalité de la norme. Désormais, la finalité de celle-ci est d'éviter le dommage en maîtrisant les risques.

Cette évolution de la manière de penser le droit se retrouve dans les normes internes traditionnellement élaborées par les pouvoirs publics, et dans celles produites par les régulateurs qui, eux aussi émettent leurs propres règles. À tout le moins, ils interprètent des normes supérieures et les déclinent pour les appliquer à la population dont ils doivent réguler l'action. Ces interprétations, ces explications, ces déclinaisons relèvent du droit souple. Ce sont en effet des recommandations, des lignes directrices, et, parfois, dans le cadre de transactions, des plans de remédiation qui servent aussi de lignes directrices.

Cette évolution se retrouve aussi et surtout dans les directives européennes qui n'ont pas seulement concerné les biens, mais aussi les services où l'accent a été mis sur la responsabilité des acteurs économiques. C'est, par exemple, le cas des directives anti-blanchiment venues mettre en œuvre des procédures de vigilance à l'égard des clients lors de l'entrée en relation d'affaires, comme cela a été rappelé.

Mais, aujourd'hui, l'Union européenne et les législateurs européens vont encore beaucoup plus loin, et nous voyons évoluer cette gestion des risques dans tous les domaines, y compris dans le domaine du numérique comme en témoignent le RGPD<sup>136</sup> de 2016 et les règlements DSA<sup>137</sup> et DMA<sup>138</sup> de 2022 qui ont été cités.

Enfin, il a aussi été noté au cours de cet échange que la compliance évolue désormais de la prévention à la protection s'agissant des buts qualifiés de « monumentaux ».

Tout cela transparaît dans la législation européenne, puis nationale, notamment depuis que l'Union européenne s'est intéressée à la responsabilité sociale et environnementale dans les années 2010-2014, et la France au devoir de vigilance en 2017.

L'enjeu environnemental, et la responsabilité des acteurs économiques qui s'y trouve liée, sont devenus des sujets majeurs que l'Union européenne et ses Etats membres entendent traiter en ayant recours à des mécanismes de prévention, de maîtrise des risques, et de protection.

En témoignent la « Corporate Sustainability Reporting Directive » (CSRD)<sup>139</sup> relative à l'information extra financière que les entreprises doivent donner aux investisseurs pour permettre une meilleure transition vers une économie durable, c'est-à-dire neutre en carbone d'ici 2050, et la proposition de directive sur le devoir de

---

136 Le RGPD de 2016 impose une logique de responsabilisation des acteurs et de leurs sous-traitants qui traitent des données personnelles, et ce dès la conception des services numériques.

137 Le DSA vise à faire application du principe selon lequel ce qui est illégal hors ligne est illégal en ligne, avec un ensemble de règles à faire respecter aux plateformes et fournisseurs d'accès.

138 Le DMA concerne les services des plus grandes plateformes en ligne, qualifiées de « contrôleurs d'accès », tenues à des obligations visant à la promotion d'une concurrence équitable, la prévention des pratiques anticoncurrentielles et le renforcement des droits des utilisateurs.

139 Directive (UE) 2022/2464 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.



vigilance des entreprises en matière de durabilité qui vise à atteindre les objectifs de développement durable des Nations unies, incluant aussi des objectifs liés aux droits de l'homme, obligeant ainsi à s'interroger sur l'existence d'une compliance autonome.

Cette proposition de directive trouve son origine dans l'exemple donné par le législateur français qui, après le drame du Rana Plaza (Dacca), où plus de 1000 ouvriers du textile étaient morts dans l'effondrement d'immeubles dans lesquels ils travaillaient, a innové en créant un devoir de vigilance pour les très grandes entreprises françaises<sup>140</sup>.

Ce devoir de vigilance, qui ne concerne que les très grandes entreprises, repose sur des principes de précaution et la responsabilisation des acteurs. Il est codifié aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce. Mais il reste difficile à cerner parce qu'il fait appel à des concepts très éloignés de notre droit, au point que l'on se demande comment les juges vont parvenir à le faire respecter de manière effective.

Il s'agit en effet d'obliger les grandes entreprises à établir un plan de vigilance<sup>141</sup> contenant un certain nombre de mesures propres à identifier des risques et prévenir des atteintes graves envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes et l'environnement, risques et atteintes qui résultent tant des activités de la société et des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement, que des activités de ses sous-traitants et fournisseurs.

On le voit, le champ d'action est immense.

Ce plan de vigilance, ainsi qu'un compte rendu de sa mise en œuvre, doivent être annexés au rapport de gestion de la société. Toute partie ayant intérêt à agir peut mettre en demeure la société de respecter ses obligations de vigilance. Si la société n'y satisfait pas dans un délai de trois mois, un juge du tribunal judiciaire de Paris peut lui enjoindre sous astreinte le cas échéant de les respecter.

Par ailleurs, l'article L. 225-102-5 du code de commerce prévoit la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'auteur d'un manquement aux obligations de vigilance, qui aura alors l'obligation de réparer le préjudice que l'exécution de ses obligations aurait permis d'éviter.

La compliance, dans sa mise en œuvre au travers du devoir de vigilance, réintroduit ainsi le juge judiciaire, juge de la responsabilité civile, mais avec un rôle qui reste entièrement à repenser tant les mécanismes de maîtrise de risques qu'elle entend englober, infiniment larges, font exploser nos repères habituels.

---

140 Entreprises de plus de 5 000 salariés, dont le siège social est en France, ou de plus de 10 000 salariés travaillant en France et à l'étranger (article L. 225-102-4 du code de commerce).

141 Ce plan de vigilance doit contenir : une cartographie des risques destinée à les identifier, les analyser, et les hiérarchiser, une évaluation des risques présentés par les filiales, sous-traitants et fournisseurs, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme de recueil d'alerte, de signalements, et un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité (article L. 225-102-4, préc.).



En tout état de cause, l'objectif de ces différentes règles, quel que soit leur niveau dans une nouvelle hiérarchie des normes, est de mieux intégrer le respect des normes à l'activité et de susciter un phénomène d'adhésion par la création de procédures de prévention des risques et de responsabilisation des acteurs.

Pour atteindre cet objectif, la compliance va désormais au-delà des normes souples créées par des régulateurs, et des normes de droit élaborées par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

En effet, les acteurs économiques créent désormais leurs propres normes, voire produisent leurs propres exigences. Mme Barbat-Layani l'a évoqué en citant le code Afep-Medef<sup>142</sup> qui reflète les exigences que s'imposent à elles-mêmes les entreprises pour respecter une certaine forme d'éthique.

Avec l'ensemble de ces nouvelles règles, quelle que soit leur nature, on va bien au-delà de la conformité, on intègre l'éthique, la déontologie, ainsi que, désormais, à travers le devoir de vigilance, des valeurs qui transcendent tout : les droits de l'homme, les enjeux climatiques, la protection de la santé, des consommateurs et des travailleurs.

N'est-ce pas là une forme de retour à la notion d'intérêt général empreinte d'une démarche volontariste et globalisée, parce que les acteurs assujettis à la compliance sont eux-mêmes mondialisés : ils interviennent partout dans le monde et respectent des formes de compliance différentes, dans des États différents. Or, ces différentes compliances se superposent ou convergent pour arriver à l'élaboration de valeurs communes, ce qui permet de réinterroger le concept d'intérêt général.

Certaines dispositions de la loi « PACTE » sont à cet égard intéressantes. Elles prévoient que les sociétés doivent désormais être gérées dans leur « intérêt social », en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité, ce qui diffère totalement du simple respect de l'objet social. Ces dispositions permettent aussi aux sociétés d'avoir une raison d'être.

N'est-ce pas là aussi une recherche de valeurs qui transcenderaient l'activité économique ?

La société peut aussi décider d'être une entreprise à mission, ce qui rejoint la recherche de sens et les valeurs. Il s'agit donc de donner du sens au fait même de se conformer à la norme.

Mais cette vision positive des effets de la compliance ne doit pas occulter sa face sombre.

N'oublions pas en effet que les intérêts des acteurs économiques divergent fortement. Lorsqu'on évoque, par exemple, la loi américaine de 1977 qui introduit la corruption des agents publics à l'étranger, on ne peut ignorer que se dissimulent

---

142 Le code Afep-Medef régit le gouvernement d'entreprise dans tous ses aspects (composition des conseils, administrateurs indépendants, fonctionnement, rôle, stratégie, évaluation, information, comités, déontologie, rémunération des dirigeants, etc.).



derrière cet aspect éthique quelques arrière-pensées économiques. L'enfer peut parfois être pavé de bonnes intentions...

Il est donc important de ne pas perdre de vue que ces règles, qui peuvent être rangées sous l'appellation « compliance », sont parfois utilisées par les acteurs économiques, comme cela a été dit par des intervenants, uniquement pour améliorer l'image d'une entreprise. La communication et l'image de l'entreprise sont devenues des éléments si importants que lorsque l'une d'entre elles subit une critique, par exemple, sur son non-respect des normes environnementales, cela peut dissuader de nombreux clients de contracter avec elle et se révéler dramatique financièrement.

Par conséquent, « investir dans la compliance » est aussi une nécessité pour protéger son image. On est loin ici, et je le regrette vivement, du souci de l'intérêt général que toute entreprise devrait avoir.

### ***Une compliance ou des compliances ?***

Compte tenu de tout ce qui a été dit ce matin, il me semble qu'il faut choisir de parler de « compliances » au pluriel, notamment de compliances sectorielles. De nombreux exemples ont été donnés au cours de cette table ronde. Nous avons pu l'entendre, il existe certes des compliances transversales permettant, notamment, de lutter contre le blanchiment des capitaux ou le financement du terrorisme, mais il existe aussi de nombreuses compliances sectorielles.

Ces compliances sont polymorphes, mais elles ont néanmoins des caractéristiques communes. Ces dernières tiennent, d'une part, à la recherche de la mise en conformité à la norme, quelle qu'elle soit, par le recours à des mécanismes interprétatifs, et explicatifs de celle-ci, pour mieux adapter sa mise en œuvre à l'activité concernée, et, d'autre part, à l'élaboration de procédures de prévention des risques de non-respect de la norme, et de mécanismes d'évaluation de ces procédures.

Ces compliances s'affranchissent aussi des frontières, notamment lorsqu'elles ont vocation à s'appliquer à de grandes sociétés, à des groupes internationaux, au sein desquels un responsable de la conformité et de l'éthique au niveau du siège social impose les mêmes contraintes à tout le personnel à travers le monde.

Pour toutes ces raisons, la compliance peut être perçue comme une espèce de chamboule-tout, tant elle modifie nos habitudes et nos références intellectuelles, notamment par son caractère extraterritorial.

### ***Quid du juge ?***

Comme cela a été rappelé lors de la table ronde, le juge reste en tout état de cause un acteur indispensable.

Si l'on se réfère au devoir de vigilance évoqué précédemment, le juge du fond est aujourd'hui saisi sur le fondement de la responsabilité civile. Or, tout juriste sait que la mise en œuvre de celle-ci nécessite la caractérisation d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité.



Mais, s'agissant du devoir de vigilance de quelle la faute parle-t-on ? Est-ce le fait de ne pas avoir établi un plan de vigilance ou de ne pas avoir suffisamment réduit les risques d'atteintes à l'environnement ou aux droits humains ? Et jusqu'où aller dans l'appréciation de cette abstention à faire pour une entreprise qui a aussi une réalité économique ?

Certes, il s'agit de mesures de vigilance dites « raisonnables ». Mais, il n'en reste pas moins que pour connaître de ce genre d'affaires, le juge seul sera bien démuni. On voit mal en effet un juge du tribunal judiciaire de Paris affirmer qu'en matière d'environnement, le plan de vigilance est insuffisant sans s'être entouré de nombreux « sachants ».

Ne faut-il pas dans ces conditions réintroduire une étape préalable confiée à un régulateur ? C'est d'ailleurs peut-être la raison pour laquelle le projet de directive européenne projetée de s'en remettre d'abord à un régulateur avant de solliciter un juge. Régulation et compliance pourraient ainsi s'avérer difficilement dissociables, sans doute parce que ces concepts requièrent tous deux « *une autre manière de faire* ».

---

**François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci beaucoup, Mme la Première avocate générale, de cette synthèse très riche qui montre aussi que les juristes de droit public et de droit privé doivent travailler de concert et dialoguer.

Je donne la parole au public pour un échange de questions/réponses avec nos intervenants.



# Échanges avec la salle

## *Question du public*

*Sans évoquer la complexité de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises<sup>143</sup>, n'a-t-on pas sous-estimé les difficultés de mise en œuvre de la compliance sur le terrain ? Et, dans ce contexte, l'Union européenne aura-t-elle les moyens de ses ambitions d'extraterritorialité comme les ont les États-Unis ?*

## *Daniel Calleja y Crespo*

*C'est une question très pertinente. Derrière cette proposition de « devoir de vigilance » des entreprises, il y a la constatation qu'il existe dans le monde des situations très différentes : manquements des États, problèmes de respect des droits de l'homme, problèmes environnementaux, etc. Que prévoit cette directive ? La Commission propose, et c'est actuellement en discussion avec les États membres et le Parlement européen, de s'appuyer sur les entreprises et de travailler avec elles pour qu'elles puissent mettre en œuvre des procédures internes qui aident à régler ces problèmes.*

*En d'autres termes, les entreprises qui connaissent leurs chaînes de valeur et leurs fournisseurs pourront, au moment de choisir tel fournisseur ou tel producteur, réfléchir à leur responsabilité sociale, et intégrer la durabilité dans leur système de gouvernance et de gestion pour élaborer leurs décisions commerciales et prendre en considération ces différents éléments qui sont de plus en plus importants, pas seulement dans le cadre d'un système global où nous voulons atteindre l'objectif d'un développement soutenable, mais aussi pour les consommateurs et les clients.*

*Et l'on voit à quel point les consommateurs, au moment de choisir un produit, s'intéressent de plus en plus à l'origine, aux pratiques de production, aux fournisseurs de ce produit. Si l'Union européenne veut promouvoir ses valeurs et avoir un objectif de durabilité, il ne suffit pas seulement de s'assurer que sur notre territoire ces règles sont appliquées. Nous souhaitons qu'elles le soient partout. C'est pourquoi nous demandons à toutes les entreprises, chacune dans son champ de compétence et d'action, d'examiner leurs chaînes de valeurs et d'intégrer la durabilité dans leurs décisions commerciales, car ces éléments font aussi partie de leur responsabilité sociale.*

*Dans quelles mesures, et avec quels moyens ou obligations ? Tout ceci est en discussion. Qui est concerné ? Les entreprises et les opérateurs économiques*

143 Proposition de directive du 23 février 2022 du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM(2022)71 final.

visés par cette réglementation, car ils peuvent assurer ces obligations et intégrer dans leurs décisions commerciales la prise en compte de ces éléments. Ceci est très important, et pour nous c'est une avancée considérable.

---

### **Question du public**

*Que faire lorsqu'une direction d'entreprise décide de ne pas appliquer un certain nombre de critères, qui auraient dû être mis en place dans un pays tiers où les normes n'existent pas, par exemple pour rester compétitif en termes de main d'œuvre ? Ne pourrait-on pas introduire une notion que l'on trouve en droit public, celle d'abus, qui s'ajouterait à ce qui est prévu par la directive ?*

---

### **Daniel Calleja y Crespo**

*Dans ces circonstances, l'Union européenne doit répondre. C'est un point important, car il faut constater s'il y a eu ou non violation d'une règle fondamentale à respecter.*

*Chaque cas est particulier et nécessite d'être analysé pour savoir s'il y a eu discussion, ou si l'entreprise a, de façon délibérée, méconnu des éléments importants comme, par exemple, la sécurité des travailleurs, si elle a abusé d'une position dominante sur son marché, etc. L'abus, la violation délibérée, la recherche de fournisseurs peu respectueux de la législation, un travail d'esclavage qui est en train de provoquer la déforestation, etc. Tous ces éléments violent les droits fondamentaux. Et, dans ce contexte, l'intention, la volonté délibérée d'enfreindre la norme seront des éléments très pertinents au moment de l'examen de chaque situation. Il faut répondre à ces questions, car elles représentent autant de difficultés pour le juge à qui elles pourraient être soumises.*

---

### **François Molinié**

*Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Le rôle du juge est en effet une question importante. Elle sera examinée dans la deuxième table ronde animée par le président Vincent Vigneau. Je remercie tous nos intervenants pour la pertinence de leurs analyses et le public pour sa participation active à cette séance.



# Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ?

Une première question porte sur l'accès au juge. S'agissant de la contestation des normes issues des pouvoirs publics pour encadrer et/ou guider les acteurs de la compliance, y compris des normes de droit souple ou des sanctions prises par les autorités de régulation, les juges s'appuient sur un droit positif balisé par des textes et par la jurisprudence.

Une deuxième question porte sur la contestation des règles mises en place par les opérateurs, eux-mêmes acteurs de la compliance, sur les contrats qu'ils concluent ainsi que sur les actions qu'ils déploient sur ces bases. Cette contestation peut également porter sur leurs comportements, notamment à travers la mise en jeu de leur responsabilité. La nouveauté même de ces pratiques d'entreprise invite les juges à adapter, voire à repenser leur office.

Une troisième question porte sur le cadre procédural le plus approprié lorsqu'un cas de compliance est porté à la connaissance des juges.

## Sommaire

Biographie des intervenants.....	93
Actes de la table ronde.....	97
Échanges avec la salle.....	139



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Diplômé en droit de l'université de Paris X-Nanterre, ancien élève de l'École nationale de la magistrature, Vincent Vigneau a débuté sa carrière en 1990 comme juge placé auprès du Premier président de la Cour d'appel de Rouen. Nommé juge d'instance à Courbevoie en 1995, il rejoint, en 1996, la cour d'appel de Versailles comme secrétaire de la première présidence. Installé en 2003 comme conseiller référendaire à la Cour de cassation, il est d'abord affecté à la deuxième chambre civile avant de rejoindre le cabinet du Premier président en 2007 en tant que chargé de mission. Il est nommé en 2011 au tribunal de Nanterre comme Premier vice-président, avant de revenir à la Cour de cassation en 2015. Affecté à la première chambre civile, il en devient l'un des doyens en 2021. En 2022, il est nommé président de chambre à la Cour de cassation et affecté à la tête de la chambre économique, financière et économique. Parallèlement à ses fonctions juridictionnelles, Vincent Vigneau a présidé la commission des bonnes pratiques du Conseil supérieur des messageries de presse de 2012 à 2019 et la Commission des clauses abusives de 2018 à 2022. De 2016 à 2021, il a été membre suppléant de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet et, de 2016 à 2019, membre de la commission d'avancement de la magistrature. Depuis 2022, il est membre du conseil de résolution de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Vincent Vigneau a enseigné sans discontinuité, depuis 1993, à l'École nationale de la magistrature, à Science Po Paris et à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines où il a été professeur associé de 1997 à 2022. Il est l'auteur de nombreux articles portant sur le surendettement des particuliers, le droit de la preuve et de l'expertise, le droit de la consommation, la procédure civile, la Cour de cassation et la « justice prédictive », ainsi que de plusieurs ouvrages juridiques dont *Droit et pratique du surendettement des particuliers* (éd. Lexisnexis) et *Droit de l'expertise* (éd. Dalloz action), et d'un roman, *Les fleurs de lin* (éd. Les presses littéraires).

## Intervenants

### **François Ancel**

*Conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

François Ancel, titulaire d'un diplôme d'études approfondies (université de Paris II), est magistrat. Il a exercé entre 1996 et 2005 des fonctions de juge d'instance (Lens)

et de juge au tribunal de grande instance (Bobigny et Paris). Entre 2005 et 2015, il a été nommé au ministère de la justice, où il a occupé plusieurs postes, dont six ans à la tête de la sous-direction du droit civil. Il a contribué à l'élaboration de nombreux projets de loi et de décret en droit de la famille, droit des contrats, droit de la procédure et droit de la nationalité, en particulier la réforme du droit de l'arbitrage et celle du droit des contrats et des obligations. En 2015, il est nommé président de l'une des sections de la troisième chambre civile du tribunal de grande instance de Paris (compétente en matière de propriété intellectuelle), puis, en 2018, président de la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris (CCIP-CA) nouvellement créée. Depuis septembre 2022, il est conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation et siège au Tribunal des conflits.

### **Astrid Mignon Colombet**

*Avocate associée du cabinet Auguste Debouzy*

Astrid Mignon Colombet est avocate associée au cabinet Auguste Debouzy, spécialisée en droit pénal des affaires. Depuis plus de vingt ans, elle pratique la défense pénale complexe (crash du Concorde, naufrage de l'Erika, explosion de l'usine AZF, corruption d'agents publics étrangers, blanchiment de fraude fiscale, justice négociée transnationale). Elle défend les entreprises et les dirigeants devant les juridictions pénales et les assiste sur des sujets sensibles tels que la gestion de crise, les enquêtes internes ou les résolutions négociées (CJIP, CRPC). Astrid Mignon Colombet enseigne le droit pénal économique à Sciences Po, publie régulièrement des articles dans des revues de droit européen et français, est un membre actif de l'*International Bar Association* (IBA), a été co-présidente du comité pénal de l'IBA (2019-2020) et est chargée de liaison au comité d'éthique professionnelle depuis 2023. Elle a été distinguée individuellement en 2023 dans les catégories « droit pénal des affaires » et « mise en conformité et investigations » par les principales sociétés indépendantes de recherche juridique *Chambers & Partners Europe* et *Legal 500 EMEA*.

### **Lucien Rapp**

*Professeur à l'université de Toulouse-Capitole, professeur affilié à HEC*

Agrégé des facultés de droit (droit public) et diplômé de l'Institut d'études politiques de Toulouse, Lucien Rapp dispose d'une expertise juridique en droit public des affaires (contrats publics, biens de l'administration, aides d'État et financements publics), droit des entreprises publiques et du secteur public (nationalisations, privatisation, démonopolisation, ouverture à la concurrence, filialisation, concentrations, transformations statutaires, régulation du secteur public), droit des marchés réglementés (espace, télécommunications, communication électronique, transport aérien, énergie) et droit international économique (investissements étrangers, commerce international, développement économique). Lucien Rapp a effectué plusieurs missions d'expert pour le compte notamment de la Banque mondiale, du Bureau international du travail, de l'Union Internationale des télécommunications et de l'Union européenne. Il conseille aujourd'hui plusieurs gouvernements et de grandes entreprises françaises et étrangères dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Lucien Rapp est également le directeur scientifique de la chaire SIRIUS, créée



en 2014 par le Centre national d'études spatiales, Airbus Defence & Space et Thalès Alenia Space. Il est l'auteur ou le co-auteur de nombreux articles et d'ouvrages dans ses domaines de compétences, parmi lesquels l'ouvrage à refonte annuelle, publié par les éditions Lamy Kluwer, *Droit Public des Affaires*.

## Rapporteur

### **Alain Seban**

*Conseiller d'État*

Diplômé de l'École polytechnique (X83), lauréat de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale de la statistique et de l'administration économique (ENSAE) et de l'École nationale de l'administration (ENA, promotion « Victor Hugo »), Alain Seban a débuté sa carrière comme auditeur au Conseil d'État (1991). Il exerce parallèlement des fonctions d'enseignant à l'École polytechnique (1991-1993), de conseiller du directeur du patrimoine au ministère de la culture et de la francophonie (1994-1995), et de secrétaire général de la mission interministérielle de préfiguration de l'Institut national d'histoire de l'art (1994-1995). Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1994, il devient conseiller au cabinet du ministre de la culture (1995-1997). Il a été maître de conférences à l'ENA (1996-1999), conseiller du président de l'Établissement public du musée du quai Branly (1997-2002), et commissaire du Gouvernement près la commission spéciale de cassation des pensions adjointe au Conseil d'État (1998), et près l'Assemblée du contentieux et les autres formations de jugement du Conseil d'État (1998-2002). Il a également occupé les fonctions de chargé de mission auprès du ministre des Affaires étrangères (2002), de directeur du développement des médias dans les services du Premier ministre (2002-2005), et de conseiller pour l'éducation et la culture à la présidence de la République (2005-2007). Nommé conseiller d'État en 2007, il est président du Centre Pompidou de 2007 à 2015. En service au Conseil d'État, à la section du contentieux, depuis 2015, il est président de la commission du fonds de soutien à l'expression radiophonique (FSER) depuis 2017, et président de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins depuis 2020. Il est également membre du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie et administrateur du Centre des monuments nationaux (CMN) depuis 2022, et membre de la cour d'appel financière depuis 2023.





# Actes – Quel rôle pour le juge aujourd’hui dans la compliance ?

---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Dans « Le loup, la chèvre et le chevreau », Jean de La Fontaine faisant l'éloge de la précaution concluait : « *Deux sûretés valent mieux qu'une et le trop en cela ne fut jamais perdu* ». Cette sage maxime pourrait être transposée au colloque qui nous réunit aujourd'hui, car la compliance sous-tend l'idée de vigilance pour éviter la réalisation du ou des risques inhérents à notre société moderne.

Chacun sait que les États essaient d'éviter la réalisation de risques majeurs qui proviendraient du monde économique par la mise en place de normes à destination des entreprises, afin qu'elles s'organisent pour que ce risque ne se réalise pas. Cet ensemble de sûretés est désigné par le mot anglais « compliance ». Il est d'ailleurs frappant de relever que c'est un terme de la langue de Shakespeare auquel nous renvoyons pour évoquer cette nouvelle obligation de conformité que l'État fait peser sur les entreprises en les obligeant à se conformer aux normes qu'il définit.

En réalité, ce terme est intraduisible, le seul mot français de conformité ne couvrant pas l'intégralité de la notion. Sa définition française est complexe, son champ est vaste, son contour mouvant. Aussi, à l'instar de Saint Augustin<sup>144</sup> qui, dans *Les Confessions*, parlait de la notion du temps, j'aurais envie de dire que la compliance, si personne ne me le demande, je sais ce que c'est ; en revanche, si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus.

Je ne vais pas reprendre ici les très nombreuses définitions de la notion de compliance ; d'autres avant moi l'ont déjà explicitée et je serais certainement redondant. Sans doute peut-on citer la définition donnée par le professeur Gaudemet, dans un article paru récemment dans *La Semaine juridique*<sup>145</sup>, pour qui il s'agit de l'ensemble des *processus* permettant d'assurer la conformité de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes qui leur sont applicables.

Il est toutefois utile de rappeler que le champ d'application de ce « produit d'importation juridique » ne cesse de s'étendre puisque, après avoir concerné la phase bancaire et financière, il s'est ensuite étendu au service des « buts monumentaux », selon l'expression du professeur Frison-Roche, que sont le droit de la concurrence, la lutte contre la corruption, le blanchiment des capitaux,

---

144 Augustin d'Hippone ou Saint Augustin (354-430), philosophe, théologien chrétien, Père et docteur de l'Église.

145 Y. Gaudemet, « De la compliance à la vigilance : les entreprises au secours de l'État ? », in *La Semaine juridique*, n° 21, 29 mai 2023.

le financement du terrorisme ou encore la protection des droits humains, l'environnement, les données personnelles.

Il est ainsi acquis que, dans l'ordre juridique français, notamment, l'État confie aux entreprises la défense de l'intérêt général en les obligeant à se conformer à des normes destinées à éviter la réalisation de crises systémiques (bancaires, environnementales, sociales, éthiques) qui y porteraient atteinte. Intérêt général dont pourtant la défense relève normalement de l'État. De sorte que l'on pourrait s'interroger pour savoir si, finalement, pour les entreprises, la compliance ne serait pas qu'un devoir consistant en la nécessité d'accomplir une action par respect de la loi (et aussi par respect du droit souple).

Mais un paradoxe doit être souligné. En effet, la compliance a d'abord été créée pour éviter le recours au juge ; la mise en œuvre par les entreprises des règles définies par les États devant prévenir, de manière préventive (*ex ante*), la réalisation des risques tant redoutés. Les règles de compliance ont donc pour objectif de réduire au *maximum* la réalisation de l'infraction redoutée, et donc l'intervention du juge pour sanctionner cette infraction une fois celle-ci commise, comme la corruption, le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale ou les infractions environnementales.

De manière plus large, l'adoption par les États de règles imposant aux entreprises le respect de normes, qu'elles s'engagent à honorer, vise à empêcher la réalisation de la crise, c'est-à-dire l'intervention du juge postérieurement (*ex post*) à la réalisation de ladite crise, afin d'en régler les conséquences. C'est tout l'objectif de la compliance. Les entreprises prennent en charge en partie la défense de l'intérêt général en s'organisant en interne, prenant en amont les mesures pour éviter la réalisation d'une crise par la justification du fait qu'elle se sont toujours mises en conformité avec leurs engagements.

Pour autant, une fois sécurisée au regard des risques redoutés, l'entreprise peut-elle vraiment être assurée de ne pas avoir à rendre des comptes au juge ? Autrement dit, la compliance n'est-elle pas une bombe à retardement confiée aux entreprises sans leur en donner le mode d'emploi ? C'est là où la place du juge est déterminante, car celui-ci est aussi là pour assurer une certaine sécurité juridique nécessaire au bon fonctionnement de la société. Il doit mettre en place des règles ou assurer leur interprétation pour en permettre une application suffisamment prévisible afin que les entreprises puissent raisonnablement anticiper leurs décisions.

Dans ce contexte, nous nous éloignons de l'idée de Montesquieu<sup>146</sup> qui ne voyait dans le juge que « *la bouche de la loi* ». Dans nos sociétés démocratiques, le juge est le garant de l'État de droit en assurant aux citoyens l'application de la loi et l'égalité de tous devant cette loi, dans le respect non seulement de la Constitution, avec son rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, mais aussi dans le respect des normes internationales, ordre intégré dans l'ordre juridique par le contrôle de conventionalité.

---

146 Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755), penseur politique, précurseur de la sociologie, philosophe et écrivain français.



Ainsi ce juge peut être tenu d'arbitrer entre différentes valeurs pour trancher un litige, y compris lorsque la loi est silencieuse. Dès lors, perçu comme un arbitre, le juge est saisi dans de très nombreux domaines tel celui de la sphère privée, ou encore le domaine économique, la bioéthique, la santé, la protection de l'environnement, le droit social, etc. ; des différents types de normes étant invoquées devant lui. Cela peut être des normes nationales, internationales, *supra* ou *infra* législatives, d'origine publique ou privée, mais aussi des normes formellement obligatoires comme celles issues du droit dur ou encore des règles de droit souple qui peuvent influencer le juge dans sa prise de décision. Cette complexification de l'ordre juridique conduit donc le juge à construire une articulation indispensable entre ces différentes règles multiples et intriquées les unes avec les autres.

Le juge est aussi un régulateur social. Il est celui à qui l'on demande de trancher un litige dans l'hypothèse d'un désaccord entre les entreprises et leurs partenaires commerciaux, ou entre des investisseurs, des employés, des consommateurs, des associations, etc.

Or, la mise en œuvre de la conformité par une entreprise doit pouvoir être vérifiée pour contrôler sa réalité, donc son efficacité ; mais elle peut aussi susciter des désaccords entre les différents acteurs. Tout est donc question d'équilibre dans la mise en œuvre effective par l'entreprise de sa conformité aux normes qui lui sont imposées.

Les entreprises qui mettent en œuvre leurs obligations de conformité sont alors sur une ligne de crête, et le juge doit jouer son rôle à part entière quand il est saisi de ces questions.

En premier lieu, d'un côté du versant de la crête, la mise en œuvre des normes par les entreprises doit être effective pour ne pas se voir contraintes de les exécuter en justice. Le juge est donc ici investi du pouvoir de contrôler l'application effective par les entreprises de leurs obligations. Par exemple, le pouvoir de vigilance des entreprises, imposé aux articles L. 225-102-4 et 5 du code de commerce, doit éviter la réalisation de risques liés aux activités des filiales, y compris dans leurs relations avec des sous-traitants et des fournisseurs. Pour ce faire, la société mère doit élaborer un plan de vigilance, afin d'identifier ces risques en les cartographiant et en adoptant les mesures nécessaires qu'elle détermine pour les prévenir.

Ainsi, lorsqu'une société a été mise en demeure de respecter les obligations prévues au titre de son plan de vigilance, elle peut être assignée par toute personne ayant un intérêt à agir si elle n'y satisfait pas. Pour illustrer cette possible mise en cause, l'on peut citer deux décisions récentes du tribunal judiciaire de Paris<sup>147</sup>, saisi en référé par des associations de protection de l'environnement qui sollicitaient la condamnation d'une société productrice et distributrice de pétrole et d'énergie à établir et publier dans son prochain rapport de gestion un plan de vigilance selon les articles L. 225-102-4 et 5 du code de commerce.

---

147 TJ de Paris, juge des référés, 28 février 2023, N° RG 22/53942, *Association Les Amis de la Terre c. TotalEnergies* et n° 22/53943.



Dans le cas d'espèce, les demandes ont été déclarées irrecevables pour des raisons procédurales. Pour autant, la motivation du juge est extrêmement étayée et particulièrement restrictive en ce qu'elle précise que : « *Le contenu de ses mesures de vigilance demeure général étant observé que le décret prévu par les dispositions susvisées pouvant apporter des précisions sur le contenu de ces mesures de vigilance n'est pas paru à ce jour et qu'aucun organisme de contrôle indépendant ou moniteur ou d'indicateur de performances ne sont davantage prévus par la loi pour évaluer ex ante le plan de vigilance adopté par l'entreprise ou pour vérifier la réalité de l'exécution de ce plan ex post. Le seul contrôle prévu étant dévolu au juge qui, pour opérer ce contrôle, devra s'appuyer sur une notion standard : le caractère raisonnable des mesures de vigilance contenu dans le plan de vigilance de l'entreprise, notion imprécise, floue et souple* ». Les juges ont ainsi constaté avec une certaine sévérité le flou du dispositif et l'aspect particulièrement vague du caractère raisonnable au regard duquel le juge doit apprécier le plan de vigilance. Celui-ci laisse donc une très grande place à l'interprétation, donc au juge, et ne va pas dans le sens de la sécurité juridique évoquée précédemment.

En second lieu, donc de l'autre côté du versant de la crête, l'entreprise peut, à l'occasion de la mise en œuvre de ses obligations et conformités, être conduite à prononcer des sanctions.

Pour illustrer cette obligation, on peut citer le dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 », qui oblige les entreprises d'une certaine taille à se structurer pour empêcher la corruption en leur sein par la mise en place de programmes anti-corruption. Son article 17-II-7° impose aux dirigeants des entreprises concernées la mise en œuvre « *d'un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société* ». Dans ce contexte, l'entreprise est donc tenue de sanctionner ses salariés pour garantir la mise en œuvre effective des objectifs imposés par le législateur et des mesures préventives en interne. Si le non-respect par les entreprises de ces obligations peut être sanctionné par l'Agence française anticorruption (AFA), les sanctions prises par ces mêmes entreprises à l'occasion de la mise en œuvre de leurs obligations de conformité, comme par exemple le licenciement d'un salarié qui aurait méconnu ces règles internes, pourront être contestées directement devant le juge prud'homal. Ajoutons que la responsabilité de l'entreprise peut aussi être recherchée au nom de la mise en œuvre de la conformité en son sein.

Dans un arrêt du 29 novembre 2019<sup>148</sup>, la Cour de cassation a reconnu le bien-fondé d'une décision de rupture des relations commerciales sans respecter un délai de préavis en raison de la mise en œuvre par l'auteur de la rupture de son programme de compliance. La cour d'appel de Paris a été ainsi approuvée pour avoir estimé que, compte tenu des règles fixées par le programme de compliance, et de l'accord conclu avec les autorités américaines dit « de poursuite différée », le manquement de la société EIC, victime de la rupture de ses obligations contractuelles qui étaient de communiquer son adhésion et sa certification à la politique anticorruption

---

148 Ccass., ch. com., 20 novembre 2019, n° 18-12.817. La violation des obligations de compliance (dispositifs anti-cadeaux, transparence, anti-corruption) insérées dans un contrat commercial constitue une faute grave justifiant la rupture dudit contrat sans préavis.



du groupe Biomet, auteur de la rupture, était susceptible d'engager la propre responsabilité dudit groupe Biomet. Ce manquement a été jugé suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis.

L'application par une entreprise des normes de compliance qu'elle s'impose, et impose à ses partenaires commerciaux, peut donc être invoquée par elle pour justifier une décision de rupture des relations commerciales. Le juge a ici considéré que la sanction de rupture prise par l'entreprise au nom de la mise en œuvre effective de son programme de compliance était justifiée, le partenaire commercial n'ayant pas adhéré, comme cela lui était demandé, à la politique anticorruption du groupe.

Ce bref panorama introductif démontre à lui seul que le juge, bien loin d'être écarté des règles de compliance, est sollicité pour apprécier la manière dont les entreprises les mettent en œuvre.

C'est donc autour du développement de la nécessaire intervention du juge dans la mise en œuvre de la compliance par les entreprises et de ses conséquences que cette table ronde va s'articuler.

Pour cela, j'ai l'honneur et le plaisir d'accueillir : M. François Ancel, conseiller à la Cour de cassation, qui évoquera la façon dont la compliance modifie le rôle processuel du juge ; Mme Astrid Mignon Colombet, avocate associée au cabinet August Debouzy, qui traitera du rôle nouveau que la compliance confère au juge et nous invitera à nous demander si la compliance ne nous conduit pas à inviter les parties à dialoguer plutôt qu'à s'opposer ; M. Lucien Rapp, professeur à l'université Toulouse-Capitole, qui nous présentera une illustration particulière de la compliance en matière de taxinomie européenne ; et enfin M. Alain Seban, conseiller d'État, qui se prêtera au difficile exercice de la synthèse des travaux de cette table ronde, étant précisé que personne ne lui a communiqué son projet d'intervention avant ce moment.

M. Ancel, vous avez la parole.

---

**François Ancel**

*Conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

## **Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ?**

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, indiquait en 2016 : « *Une chose est sûre. La compliance existe. C'est, sinon une valeur, du moins une procédure ou une méthode de respect des règles, qui monte en puissance. Elle se développe dans les entreprises, sans que les États, au moins en leur qualité de régulateurs, n'en*



soient tenus à l'écart »<sup>149</sup> et l'on pourrait ajouter : pas davantage, sans que la justice et les juges judiciaires et administratifs ne doivent s'en désintéresser.

Comme l'a indiqué le président Vincent Vigneau, il n'y a pas de paradoxe à vouloir envisager l'office du juge en droit de la compliance. Il suffit au demeurant de consulter la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (codifiée aux articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du code de commerce)<sup>150</sup>, « *pointe avancée* » du droit de la compliance<sup>151</sup> pour constater que le juge y a un rôle important.

Toute velléité d'éviction du juge est en tout état de cause une gageure<sup>152</sup>, et – en toute matière – se heurte à la réalité qu'il vient un moment où le besoin de s'en remettre au juge est inévitable. Soit parce que la mise en œuvre des outils de compliance<sup>153</sup> est susceptible de générer des litiges que les parties n'ont pas su résoudre ensemble et qu'il faut s'en remettre à un tiers pour le trancher ; soit (et aussi) parce que le litige et ces outils de compliance emportent des questions qui mettent en jeu des principes qui dépassent les parties, et qu'il est nécessaire d'en appeler à une figure impartiale pour dire le droit et interpréter ces outils en regard des finalités poursuivies.

Comme évoqué lors de la première table ronde, l'on peut évidemment débattre sur le point de savoir s'il faut parler de « compliance » ou de « droit de la compliance ». À l'échelle du juge, ce débat n'a plus réellement d'incidence : soumettre un cas de compliance ou lui demander d'apprécier une règle du droit de la compliance aura cette conséquence commune de produire de la jurisprudence, et donc du droit de la compliance, qui, fut-il prétorien, constitue du droit.

C'est précisément pour cela que l'office du juge est important. Car, d'une part, d'un cas de compliance non encore appréhendé par une règle de droit positif, le juge va faire émerger du droit de la compliance. D'autre part, il va aussi jouer un rôle unificateur : si l'une des difficultés évoquées, aussi lors de la première table ronde, est celle du manque d'homogénéité de la compliance (« une compliance ou des compliances ? »), il est un domaine où l'unité doit se faire : celui de l'office du juge et particulièrement son office processuel, mais aussi son office substantiel<sup>154</sup>.

149 J.-M. Sauvé, « Conformité, droit public et juge administratif », cycle de conférences *Régulation, supervision, compliance*, Conseil économique, social et environnemental, 30 novembre 2016 (<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/conformite-droit-public-et-juge-administratif>).

150 Ce texte a été rédigé en réponse au drame du « Rana Plaza » : l'effondrement le 24 avril 2013 d'un immeuble au Bangladesh dans lequel se trouvaient des ateliers de confection de produits textiles entraînant la mort de 1 138 personnes et la mise en cause de la responsabilité de grandes entreprises européennes et françaises pour lesquelles travaillaient ces sous-traitants.

151 M.-A. Frison-Roche, « La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances », *Chronique de droit de la compliance*, in *Recueil Dalloz*, 2023, pp. 906-908.

152 Les outils de la compliance ont aussi été conçus pour se passer du juge : les codes, chartes de conduite, procédures d'alerte, algorithmes ou encore audits sont élaborés pour mieux évaluer le risque considéré et réfléchir à des procédures permettant de l'éviter. Voir : M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1871 : « substantif utilisé pour exprimer la maxime probatoire anglo-saxonne « *comply or explain* » ».

153 Par exemple, à propos de l'insertion de clauses contractuelles de compliance entre une société et ses sous-traitants.

154 De même que la compliance « s'autonomise » au sein même des entreprises, avec la création, à côté des directions juridiques, des « directions compliance » (E. Dupic, in *Gazette du Palais*, 9 mai 2023, n° 15, pp. 9-11).

Il s'agit d'un premier défi auquel le juge doit se confronter : pouvoir montrer une cohérence de sa démarche qu'il pourra décliner ensuite dans tous les litiges mettant en cause la compliance, et définir un office commun processuel pour traiter le droit de la compliance, idéalement commun aux juges judiciaire et administratif.

Ce n'est pas chose aisée.

D'abord, en raison de la complexité de ce contentieux qui mobilise souvent plusieurs branches du droit simultanément, un même contentieux pouvant soulever des questions de droit des sociétés, de droit des contrats, de responsabilité civile, de droit de l'environnement ou encore de droit de la preuve, etc.

En outre, et bien au-delà de l'objectif de respecter une masse réglementaire, si l'on admet que droit de la compliance est animé par la volonté supérieure de préserver les États de dangers systémiques tels que la corruption, le blanchiment, le déséquilibre climatique, la haine, la désinformation, etc., autant de buts qui ont été qualifiés par la doctrine de « buts monumentaux »<sup>155</sup> et qui participent de l'État de droit<sup>156</sup>, il faut bien admettre que repose sur le juge un poids considérable, et que d'emblée se pose la question de sa capacité à y répondre.

Ensuite, même lorsque le législateur s'empare du sujet et crée du droit de la compliance, il ne peut que le faire à travers des notions générales qui nécessairement renvoient au juge le soin d'en préciser la portée.

Cette difficulté a été relevée lors de l'adoption de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le « devoir de vigilance », pour laquelle les nombreuses interrogations et incertitudes, tant quant au domaine d'application de la loi que sur le contenu du plan de vigilance, ont conduit à interroger le Conseil constitutionnel. Celui n'a cependant pas censuré la loi en raison de son imprécision à l'exception du mécanisme d'amende civile<sup>157</sup>. Pour le reste, c'est bien la souplesse et le caractère non contraignant qui ont au contraire conduit le Conseil constitutionnel à valider le texte en précisant que « *les dispositions selon lesquelles le plan de vigilance "à vocation" à être élaboré avec les "parties prenantes de la société" ont une portée incitative* », de sorte que « *dans ces conditions, le législateur n'a pas méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* » (considérant n° 22).

On verra que les termes « avec » et « portée incitative » ont eu un certain écho en jurisprudence, même si le tribunal judiciaire de Paris s'est inquiété de l'imprécision

155 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2022.

156 Sur cette notion, voir : *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juillet 2021, notamment, p. 33 et suiv.

157 Amende pouvant être portée à hauteur de dix millions d'euros et être multipliée par trois en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage. Le Conseil a relevé dans son considérant n° 13 selon lequel « *compte tenu de la généralité des termes [que le législateur] a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis* » (CC, décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017).

de la loi, pointant dans ses deux décisions rendues, le 28 février 2023, dans l'affaire TotalEnergies, les difficultés devant lesquelles la loi a placé le juge<sup>158</sup>. Ce débat montre que la tâche n'est simple pour personne : ni pour le législateur, ni pour le juge, ni pour les entreprises et la société civile. Le droit de la compliance est une tâche qui se révèle elle-même monumentale<sup>159</sup>.

Délicate, la tâche du juge l'est d'autant plus que l'attente est forte. Les buts monumentaux que la compliance s'est fixée comme objectif de prévenir (buts monumentaux dits « négatifs ») ou de favoriser (buts monumentaux dits « positifs »), sont aussi ceux qui retiennent l'attention des acteurs économiques et sociaux et de la société civile.

Par exemple, en matière climatique (le Conseil d'État en sait quelque chose), ce sont les tribunaux qui ont été saisis pour obtenir du juge ce que l'action de l'État ne satisfaisait pas, ou ne satisfaisait que de manière imparfaite au regard des enjeux. Il ne faut pas négliger cette attente, mais au contraire la prendre en considération pour ne pas décevoir une démarche consistant à s'adresser au juge pour trancher ces difficultés, c'est-à-dire accepter le débat public contradictoire, comme un rempart à d'autres modes d'actions qui n'offrent pas les mêmes garanties et peuvent aussi fragiliser l'État de droit.

Alors évidemment, aborder la question de la compliance sous l'angle de l'office processuel du juge peut sembler réducteur, voire décevant parce que l'on attend avant tout du juge d'apporter des réponses sur le fond aux litiges et non de s'arrêter au stade des contraintes procédurales et de l'argutie juridique<sup>160</sup>.

158 Certains auteurs ne voient pas dans le flou de la loi un empêchement dirimant : au contraire ils font valoir que « comme le montre le succès du standard de la faute autant que celui de « l'anormalité » du trouble, le flou n'a jamais empêché le juge de juger, il lui a même permis de s'adapter aux différentes évolutions sociales », et qu'une « autre vision du devoir de vigilance est permise dans laquelle sa plasticité est perçue non comme une faille mais comme une richesse », qu'on en juge ! La volonté politique qui a porté le devoir de vigilance était de venir responsabiliser les entreprises multinationales sur toute leur chaîne de valeur en venant anticiper et prévenir les risques liés à leur responsabilité sociétale, soit les risques en termes de droits humains, protection de l'environnement et santé et sécurité des travailleurs (*La Semaine Juridique*, édition générale, n° 12, 27 mars 2023, act. 373 Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! - À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies, Libres propos par M. Hautereau-Boutonnet et B. Parance).

159 C'est pourquoi il doit réunir toutes les forces de la loi, du juge et du contrat pour atteindre ces buts monumentaux (M.-A. Frison-Roche, « La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances », *Chronique de droit de la compliance*, in *Recueil Dalloz*, 2023, préc.).

160 Les questions substantielles n'en sont pas moins aussi importantes et nombreuses : par exemple, il s'agira de donner un contenu juridique à la notion de « chaîne de valeurs », de « relation commerciale établie » (faut-il s'inspirer de celle déjà utilisée par les articles L.420-2 et L.442-6 du code de commerce ? Ccass, ch. com., 15 septembre 2009 n° 08-19.200 Bull. IV n° 110), qualifier l'obligation de mettre en place un plan de vigilance (obligation de moyens ou de résultat ?), donner un contenu à la cartographie des risques (dresser une liste ou en faire une analyse ?, faut-il y inclure les risques liés aux atteintes perpétrées par les États sur le territoire duquel le projet est mené ? comme dans l'affaire TotalEnergies dans laquelle les associations demandaient notamment la cartographie des « risques d'atteintes à la liberté d'expression, de violences policières, d'arrestations arbitraires des personnes affectées par le projet (PAP) ou s'y opposant ») ; fixer le degré de précision exigé pour les procédures d'évaluation (faut-il détailler les mesures de préventions prévues pour prévenir ou atténuer chacun des risques identifiés ?), du dispositif de suivi (la mise en place de comités de pilotage au sein de l'entreprise), de départements dédiés (droits humains et d'éthique ayant pour mission de promouvoir des codes de bonnes conduites auprès des salariés et partenaires y répond-il ?), selon quelle norme de référence doivent-être appréciées « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que de l'environnement », etc. ?

Certes, mais il ne faut pas oublier que la réalisation des droits subjectifs passe aussi par le filtre de l'action en justice. Il en est ainsi du droit de la compliance comme des autres droits.

Et il n'y a qu'à se référer aux premières décisions rendues par le tribunal judiciaire de Paris en application de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance pour constater combien les questions procédurales sont importantes, et qu'avant de s'intéresser aux solutions au fond des litiges il est essentiel de s'arrêter sur l'office processuel du juge en la matière.

Ce n'est évidemment pas dire que le juge doit nécessairement accueillir ces actions au seul prétexte que des « buts monumentaux » sont en jeu : il doit rester ce tiers impartial.

Cela signifie en revanche que, probablement, il doit aussi se départir d'un réflexe syllogistique systématique et mieux prendre en compte le raisonnement téléologique ou conséquentialiste pour trancher ces questions<sup>161</sup>. Cela signifie aussi qu'il doit mieux donner à voir, plus peut-être que dans d'autres matières, la manière dont il entend trancher le litige, et expliquer son raisonnement dans le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense.

Les décisions rendues par le tribunal judiciaire de Paris le 28 février 2023 sont à cet égard extrêmement intéressantes. Sans qu'il soit ici question de porter une appréciation sur les solutions retenues, elles donnent des indications précieuses sur la démarche qui a été celle du tribunal judiciaire qui, bien que s'étant arrêté au stade de questions procédurales, préfigure ce que l'office du juge pourrait être pour le traitement de ces litiges et de ces enjeux, dont chacun aura compris qu'ils sont « systémiques » et donc dépassent ceux du litige qui lui est soumis.

Il est ainsi permis de mettre en exergue les principales difficultés processuelles auquel le droit de la compliance confronte le juge, comme des défis (1) et de dessiner des perspectives pour concevoir un office du juge adapté (2).

### **1. Les défis pour l'office processuel du juge**

Comme l'ont montré les premières décisions rendues en matière de plan de vigilance, plusieurs questions préalables au fond se sont posées, qu'il est incombé au juge de trancher.

- En premier lieu, s'est posée une question de compétence matérielle : qui est le juge naturel du devoir de vigilance ? Faut-il confier le contrôle de la mise en œuvre des plans de vigilance au juge consulaire (tribunaux de commerce), juge naturel des litiges concernant les sociétés commerciales, principales concernées par ces mesures, au fait des enjeux économiques en cause, ou au juge judiciaire, prenant en considération que sont concernés des buts monumentaux (climatiques, environnementaux, données personnelles, traitement des personnes humaines,

<sup>161</sup> Comme l'écrit M.-A. Frison-Roche « *le droit de la compliance se développe de façon téléologique, tous les instruments juridiques qui le constituent se créant, se développant et s'interprétant à partir de cette finalité qui lui donne unité, prévisibilité et simplicité* » (M.-A. Frison-Roche, « La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances », Chronique de droit de la compliance, in *Recueil Dalloz*, 2023, préc.).



etc.) qui dépassent les seules questions de gouvernance interne des sociétés ou de relations commerciales ?

Cette question, remontée jusqu'à la Cour de cassation<sup>162</sup>, est désormais tranchée en faveur du juge judiciaire par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (article L.211-21 du code de l'organisation judiciaire).

Pour ne pas avoir tranché cette question initialement, qui n'a pas manqué de se poser dès les premières actions, le droit français a perdu plusieurs années ; ce que l'on peut considérer comme regrettable au regard des enjeux.

- Ensuite s'est posée la question de la spécialisation du juge : une chose est de confier au juge judiciaire le traitement de ce contentieux, une autre est de n'en désigner qu'un sur tout le territoire. C'est le choix fait par le législateur, en 2021, s'agissant des actions relatives au devoir de vigilance, qui a confié ce rôle exclusivement au tribunal judiciaire de Paris<sup>163</sup>. Ce choix de la spécialisation est sans doute opportun tant la dimension systémique des causes portées devant le juge nécessite, dès la première instance, une cohérence juridictionnelle s'appuyant sur une politique jurisprudentielle claire pour renforcer la sécurité juridique. Il participera sans nul doute à l'unité du droit de la compliance. La question que l'on pourrait se poser est celle de savoir si cet objectif ne doit pas aussi être recherché pour les autres litiges en matière de compliance. Dans d'autres matières, qui pourraient avoir un écho en matière de compliance, la spécialisation existe, mais elle passe par la désignation d'un nombre réduit de tribunaux judiciaires (un dans le ressort de chaque cour d'appel) et non un seul (voir : article L.211-20 du même code pour les actions relatives au préjudice écologique fondées sur les articles 1246 à 1252 du code civil ; les actions en responsabilité civile prévues par le code de l'environnement ; les actions en responsabilité civile fondées sur les régimes spéciaux de responsabilité applicables en matière environnementale résultant

---

162 Pour mémoire, l'action en justice a d'abord été portée devant le président du tribunal judiciaire de Nanterre, statuant en référé en octobre 2019, et a donné lieu à une décision de la Cour de cassation en 2021 (Cass. ch. com. 15 décembre 2021, pourvoi n° 21-11.957, 21-11.882) qui a tranché en offrant une option, considérant qu'il résultait de l'article L.211-3 du code de l'organisation judiciaire et des articles L.721-3 et L.225-102-4 du code de commerce que le plan de vigilance (...) ne constituait pas un acte de commerce au sens du 3° de l'article L.721-3 du même code et que, si l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan présentent un lien direct avec la gestion de cette société, justifiant la compétence des juridictions consulaires par application du 2° de l'article L.721-3, le demandeur non commerçant qui entend agir à cette fin disposant toutefois, en ce cas, du choix de saisir le tribunal civil ou le tribunal de commerce. Sur ces décisions, voir : *Dalloz actualité*, 17 janvier 2022, obs. Q. Chatelier ; D. 2022. 826, note R. Dumont ; *ibid.* 963, obs. V. Monteillet et G. Leray ; *ibid.* 1419, chron. S. Barbot, C. Bellino, C. de Cabarrus et S. Kass-Danno ; JA 2022, n° 652, p. 10, obs. X. Delpech ; Rev. sociétés 2022.173, note A. Reygrobellet ; RTD com. 2022. 33 et les obs. ; Bull. Joly Travail, n° 1, 2022, p. 3, obs. A. Casado ; A.-M. Ilcheva, « La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance », in *RJE*, vol. 47, n° 1, 2022, p. 137.

163 « Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du code de commerce ».



de règlements européens, de conventions internationales et des lois prises pour l'application de ces conventions)<sup>164</sup>.

- Ce sont aussi des questions de recevabilité qui ont été posées au juge. Elles portent notamment sur l'appréciation de l'intérêt à agir. La loi est sur ce point large puisqu'elle vise « toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin » ; mais qu'en est-il des ONG : doivent-elles justifier d'un lien avec leur objet social plus ou moins précis étant observé que les plans de vigilance embrassent des thèmes extrêmement larges (les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, l'environnement) ? Doivent-elles justifier, au contraire, d'un mandat par les personnes qui se disent victimes des agissements, à l'instar, par exemple, de ce qui a été mis en place pour les actions de groupe ?<sup>165</sup>

La recevabilité est aussi mobilisée à travers la question de la qualité à agir, et plus précisément la qualité à défendre, lorsque sont demandés contre la société-mère des comptes sur l'activité de ses filiales, sous-traitants ou fournisseurs (posant le problème de la séparation des responsabilités entre personnes morales) ou même lorsqu'elles impliquent, à travers une demande de suspension des travaux avant la mise en œuvre du plan modifié, la prise de décisions qui ne relève pas uniquement de la société en défense mais implique, par exemple, des États souverains (sur le territoire desquels les activités sont menées).

Les décisions du tribunal judiciaire de Paris du 28 février 2023<sup>166</sup> ont aussi fait émerger une autre question de recevabilité que les lecteurs de la loi n'avaient sans doute pas pleinement identifiée et qui porte sur la mise en demeure.

Selon le II de l'article L.225-102-4-5 du code de commerce « *Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations (...) n'y satisfait pas dans un délai*

---

164 L'étude d'impact élaborée à l'occasion du projet de loi indiquait à ce titre que « *La compétence du tribunal de commerce a été écartée, dès lors que l'objet des actions engagées sur le fondement des articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du code de commerce excède largement le seul contentieux du droit des sociétés, dévolu au tribunal de commerce. (...) La compétence du tribunal judiciaire a été retenue pour les raisons suivantes. Le devoir de vigilance a pour objet de prévenir et de réparer les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, ce qui relève davantage de la compétence du tribunal judiciaire que du juge consulaire. Le dispositif prévu renvoie expressément au droit commun de la responsabilité civile, dont le tribunal judiciaire est le «juge naturel», rompu à l'exercice juridique consistant à caractériser une faute, un préjudice et un lien de causalité, ainsi qu'à traiter des questions connexes sur le droit de la preuve ou encore de la prescription. D'une manière plus générale, il est important de préserver dès la première instance une compétence des tribunaux judiciaires en matière économique, d'autant plus dans des contentieux aussi techniques, qui seront amenés à être jugés par des magistrats professionnels en appel et devant la Cour de cassation.* »

165 Voir : article 849-17 du code de procédure civile qui évoque un « mandat » aux fins d'indemnisation donné au demandeur à l'action par l'effet de l'adhésion de la personne intéressée au groupe, et qui vaut pouvoir d'accomplir, au nom de celle-ci, tous actes de procédure et diligences en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi par elle et entrant dans le champ de l'action de groupe, notamment pour l'exercice des voies de recours.

166 TJ de Paris, réf., 28 février 2023, n<sup>os</sup> 22/53942 et 22/53943, in *JA*, 2023, n<sup>o</sup> 677, p. 13, obs. X. Delpech ; in *JCP*, mars 2023, n<sup>o</sup> 12, 1086, comm. J.-B. Barbieri ; in *JCP*, 27 mars 2023, n<sup>o</sup> 12, Actu. 373, comm. M. Hautereau-Boutonnet et B. Parance ; in *Dalloz actualité*, « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? » – A.-M. Ilcheva, docteur en droit, université Côte d'Azur, GREDEG – 13 avril 2023 ; in *Dalloz actualité*, « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total » – C. Hélaine, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'université d'Aix-Marseille – 7 mars 2023.

*de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. / Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins ».*

La question s'est posée au juge de savoir si une action engagée sur le fondement d'une mise en demeure adressée une année N, et qui a pour objet un plan élaboré pour N-1, est recevable, alors que le plan pour cette année (N-1) a été modifié par l'entreprise, et qu'au jour où le juge statue c'est le plan N+3 qui est en cours ?

Sur ce point, le tribunal judiciaire de Paris s'est livré à une interprétation de la volonté du législateur<sup>167</sup>, qui a selon lui « *expressément manifesté son intention de voir ce plan de vigilance élaboré dans le cadre d'une co-construction et d'un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise* », pour estimer ensuite que « *cette volonté du législateur d'un processus collaboratif d'élaboration du plan de vigilance se manifeste et est concrétisée par le mécanisme de la mise en demeure, préalable à la saisine du juge* ». Le tribunal a jugé que le défaut de mise en demeure actualisée « *ne peut ainsi qu'entraîner l'irrecevabilité de la demande d'injonction formée auprès du juge fondée sur ces mêmes dispositions* »<sup>168</sup>.

Il a élevé la mise en demeure au rang de condition substantielle, participant à l'instauration d'un dialogue entre l'entreprise et les parties prenantes. Il n'est pas ici question d'émettre un avis sur cette interprétation, mais simplement de constater que le tribunal a ici réinterprété, à la lumière du droit de la compliance et de ses finalités, cet instrument – la mise en demeure – que l'on croyait solidement ancré dans le droit civil le plus classique, qui cantonne généralement cet acte à un objectif visant à constater l'inexécution d'une obligation avant l'engagement de poursuites s'il n'y est pas remédié dans un délai déterminé.

167 Telle qu'interprétée aussi par le Conseil Constitutionnel (voir *supra*).

168 Sur ce point, le TJ a relevé que les dispositions susvisées prévoient que « *le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, étant observé que le champ des parties prenantes concernées n'est pas davantage précisé, ni le processus de désignation de ces parties prenantes, à l'exception du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, qui doit être établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société* ». Il relève que « *si le législateur n'a pas entendu donner un contour précis aux mesures générales qui s'imposent à certaines entreprises dans le cadre du devoir de vigilance, il a par contre expressément manifesté son intention de voir ce plan de vigilance élaboré dans le cadre d'une co-construction et d'un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise* » et qu'en « *respectant la pluralité des points de vue des parties prenantes et en les associant à l'élaboration du plan, cette concertation, d'une part, est de nature à assurer une meilleure définition du périmètre de vigilance et, d'autre part, à réduire considérablement les risques de contentieux mettant en cause la pertinence du plan, si celui-ci a été défini et validé avec les parties prenantes* ». Le tribunal considère que la collaboration *ex ante* entre la société et les parties prenantes, à l'occasion de l'élaboration du plan de vigilance, participe d'un « *objectif [visant à] assurer au mieux l'effectivité du respect de la réglementation susvisée mais aussi de l'efficacité du plan au regard des buts monumentaux fixés par cette réglementation (essentiellement de nature politique en matière de protection de l'environnement et des droits humains)* ».

Il considère que « *cette volonté du législateur d'un processus collaboratif d'élaboration du plan de vigilance se manifeste et est concrétisée par le mécanisme de la mise en demeure, préalable à la saisine du juge* », prévu par la loi. Il en déduit que « *cette mise en demeure ne peut avoir pour objet que de permettre à l'entreprise de se mettre en conformité dans le cadre d'un dialogue comme cela ressort des travaux préparatoires de loi sur le devoir de vigilance, et doit nécessairement dès lors être regardée comme une condition nécessaire préalable à la délivrance d'une injonction par le juge* ».



- Le juge est enfin confronté à des questions mettant en jeu son pouvoir juridictionnel : le législateur de 2017 a en effet envisagé la possibilité, au regard de l'urgence potentielle, de saisir le juge des référés, aussi bien que le juge du fond.

La réponse qui a été apportée par le tribunal judiciaire le 28 mars 2023 paraît limiter l'intérêt d'une telle alternative en s'appuyant, cette fois, sur une analyse classique des pouvoirs du juge des référés. Le tribunal, statuant en référé, a en effet estimé qu'en matière de plan de vigilance, son pouvoir était limité aux méconnaissances flagrantes des obligations découlant du devoir de vigilance. Il rappelle ainsi les principes qui gouvernent la procédure civile : le juge des référés est celui de l'évidence, il ne peut statuer que si les conditions prévues aux articles 834 (la preuve de l'urgence en l'absence de contestation sérieuse) et/ou 835 (même en présence d'une contestation sérieuse, la preuve d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite) du code de procédure civile sont remplies<sup>169</sup>.

L'urgence et l'évidence ne sont pas les seules questions que pose l'adaptation du référé à la mise en œuvre des plans de vigilance. Les conditions relatives au dommage imminent ou à l'existence d'un trouble manifestement illicite nécessitent aussi sans doute d'être adaptées à la matière de la compliance par le juge.

Le « dommage imminent » qui s'entend du dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer<sup>170</sup>, peut être délicat à transposer au plan de vigilance : faut-il considérer qu'en cette matière le dommage imminent est l'atteinte caractérisée aux droits (humains, environnementaux, etc.) que le plan était destiné à prévenir, voire, plus précisément, le « risque » d'une telle atteinte, ou, plus modestement, le seul fait de ne pas avoir élaboré le plan ? On sait que la responsabilité de l'entreprise peut être mise en cause, pas nécessairement parce que l'atteinte a finalement été causée, mais parce qu'elle n'a pas mis en œuvre un plan censé la prévenir.

---

169 Le tribunal énonce ainsi : « *De manière surabondante, il sera relevé, en premier lieu, que la société TotalEnergies a établi formellement un plan de vigilance comportant les cinq items prévus par la loi sur le devoir de vigilance suffisamment détaillés pour ne pas être regardés comme sommaires ; en second lieu, que de très nombreuses pièces contradictoires sont versées aux débats concernant des opérations spécifiques d'une grande complexité, objet du plan de vigilance litigieux ; en troisième lieu, qu'il n'existe aucune réglementation précisant les contours du standard d'une entreprise normalement vigilante, de sorte que les griefs et les manquements reprochés à la société TotalEnergies SE du chef de son devoir de vigilance, au cas présent, doivent faire l'objet d'un examen en profondeur des éléments de la cause excédant les pouvoirs du juge des référés. Il s'en infère qu'il n'appartient qu'au seul juge du fond, le cas échéant, de dire si les griefs reprochés à la société TotalEnergies sont caractérisés ou si cette dernière apporte la preuve du respect de son devoir de vigilance au regard des éléments contenus dans le plan de vigilance de la société TotalEnergies pour l'année 2021, et de procéder au contrôle des outils prévus et mis en œuvre dans le cadre du plan de vigilance litigieux en évaluant l'efficacité et l'effectivité au regard des buts monumentaux relatifs aux droits humains à préserver et à l'environnement à protéger relevant de la réglementation du devoir de vigilance, étant observé qu'aucune illécitité, en l'état, n'est caractérisée avec l'évidence requise en référé ou de manière manifeste* ».

170 Article 835 du code de procédure civile : « *Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».



Il en est de même pour le trouble manifestement illicite. Classiquement, celui-ci résulte de toute perturbation résultant d'un fait qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. Interprété en matière de plan de vigilance, le trouble illicite ne résulte pas de la réalisation du dommage, mais de ne pas avoir pris les mesures pour l'éviter.

Le tribunal judiciaire n'a pas manqué de relever ces difficultés en observant que « *pour que la mesure sollicitée soit prononcée, qu'il doit nécessairement être constaté à la date à laquelle le juge statue et, avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage. Un dommage purement éventuel ne saurait donc être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés. La constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets* ». Il en déduit, pour la mise en œuvre du plan de vigilance, que ces pouvoirs limités en tant que juge des référés doivent cantonner son office :

« *S'il entre dans les pouvoirs du juge des référés de délivrer une injonction en application des dispositions susvisées lorsque la société, soumise au régime du devoir de vigilance n'a pas établi de plan de vigilance, ou lorsque le caractère sommaire des rubriques confine à une inexistence du plan, ou lorsqu'une illécitité manifeste est caractérisée, avec l'évidence requise en référé, en revanche, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de procéder à l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, lorsque cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir du seul juge du fond* ».

Là encore la décision est intéressante, car le tribunal n'était pas tenu de se livrer à cette interprétation puisqu'il avait considéré que la demande était irrecevable. Il l'a donc fait dans un but pédagogique au moyen d'un *obiter dictum* : préciser ce que peut ou ne peut pas faire le juge, selon l'option procédurale choisie par les parties, est important pour permettre aux parties de déterminer leur stratégie ; elle permettra de leur donner des guides pour affiner le contenu de leurs demandes et éviter qu'elles échouent sur une question de pouvoirs juridictionnels que le juge estimera ne pas avoir.

Elle est aussi un signal adressé au législateur : si le traitement en urgence de ces questions est souhaité, il est sans doute nécessaire de mettre en place une procédure adaptée que la seule déclinaison d'un office classique de la juridiction des référés, telle qu'elle existe dans le code de procédure civile, ne peut satisfaire pleinement, sauf à créer, si le législateur souhaite maintenir l'option du référé<sup>171</sup>, un « référé compliance » ?

Ces questions rejoignent celles, plus larges, de l'inscription de l'office du juge dans le temps qui sont particulièrement importantes en matière de compliance. Le juge est plus habitué à porter une appréciation sur une situation juridique passée, que de devoir apprécier des dommages dont les causes peuvent être avérées aujourd'hui, mais qui ne se produiront que dans plusieurs années.

---

171 S'il était considéré inopportun de renvoyer à la procédure accélérée au fond (article 839 du code de procédure civile) ?



Or le droit de la compliance est un droit de l'anticipation (de « l'ex ante »), et sans doute doit amener le juge à n'être pas seulement un juge du constat (qui se rapproche à un droit de l'ex post) et à devenir aussi le juge d'une trajectoire<sup>172</sup>.

Le Conseil d'État a apporté des éléments de réponse dans l'affaire « Grande-Synthe », et ce encore récemment, dont les juges judiciaires pourraient s'inspirer<sup>173</sup> puisque cette question est particulièrement prégnante en matière de plan de vigilance qui porte sur des risques évolutifs.

Comme on le voit, les problèmes liés à l'office processuel du juge sont nombreux. La question qui se pose est celle de savoir si le juge dispose des outils pour y faire face.

Les décisions du tribunal judiciaire du 28 février 2023 ouvrent ici des perspectives aussi très intéressantes pour un office adapté du juge.

## 2. Concevoir un office du juge adapté

On le sait, les causes qui sont portées par le droit de la compliance sont systémiques. Cette seule considération justifie en soi une modification de l'horizon du juge, mais suppose qu'il dispose des outils *ad hoc* ou s'en donne les moyens pour pouvoir dessiner les contours d'un office adapté.

### 2.1. Les causes systémiques et l'office du juge

Les buts monumentaux auxquels veut s'attaquer le droit de la compliance ont tous des effets systémiques. Le juge est alors confronté à un « système », c'est à dire à un « ensemble de règles considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence (...) »<sup>174</sup>.

Par son intervention, le juge est amené à s'immiscer dans ce système et cette immixtion est de nature à influencer sur celui-ci. Cependant, il faut admettre que son appréhension, sous l'angle du procès à l'occasion d'un litige donné, peut se révéler trop étroite, ou lui donner une vision incomplète ou parcellaire des enjeux du litige sur le système.

Si le litige doit rester « la chose des parties », concevoir un office du juge pour le droit de la compliance semble exiger la possibilité pour ce juge de sortir du strict cadre du litige et de garder à l'esprit les finalités du droit de la compliance.

172 Sur ce point, voir la conférence sur l'office du juge et les enjeux climatiques du 1<sup>er</sup> février 2021 dans le cadre du cycle de conférence organisée par la Cour de cassation en 2021 sur l'office du juge, animée par M. Clément et Mme Reiche de Vigan, mais aussi les autres conférences organisées par la Cour de cassation sur le droit de l'environnement (notamment celle animée par Mme la professeure B. Parance) que l'on retrouve sur le site de la Cour de cassation.

173 CE, 1<sup>er</sup> juillet 2021, n° 427301 et CE, 10 mai 2023, n° 467982. Voir notamment : *La Semaine Juridique*, édition générale, n° 20, 22 mai 2023, act. 595 « Grande-Synthe 3 », « L'émergence d'un contrôle judiciaire continu de la conformité de la trajectoire climatique ». Aperçu rapide par B. Parance, professeure à l'université UPL Paris 8 Vincennes Saint-Denis et J. Rochfeld professeure de droit privé à l'École de droit de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

174 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., éd. puf, Paris, 2022 ; « (...) celle-ci pouvant tenir, s'il s'agit du droit d'un pays, aux caractéristiques nationales de ce dernier (exemple, système juridique français), ou, s'il s'agit au sein d'un ordre juridique, d'un faisceau de règles, au parti législatif qui l'inspire (exemple, système légal des preuves de la filiation) ».



La question est celle de savoir si le juge est autorisé à s'aventurer au-delà des frontières du litige, alors que l'article 5 du code civil lui interdit de se prononcer « par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ».

Il peut être relevé que cet article ne fait qu'interdire au juge de statuer par voie générale<sup>175</sup> pour légiférer, non pas pour juger. Or il ne s'agit pas ici pour le juge de légiférer ou de gouverner, mais de donner au litige une solution, et l'article 4 du code civil l'y oblige sous peine de déni de justice, même lorsque la loi est silencieuse, obscure, voire insuffisante.

Si le droit de la compliance met à l'épreuve l'équilibre entre les articles 4 et 5 du code civil, il ne l'empêche pas d'élargir son horizon et de sortir du litige pour mieux en comprendre les enjeux, et lui permettre, à travers la résolution d'un cas individuel, de donner des guides, voire des signaux aux acteurs concernés.

On perçoit cependant à lecture des décisions du 28 février 2023 du tribunal judiciaire une telle mise en tension des articles 4 et 5 du code civil avec, d'une part, la volonté du tribunal d'élargir l'horizon du litige puisqu'il prend la peine d'expliquer, au début de sa motivation, les origines de la législation sur le devoir de vigilance et les buts poursuivis, et, d'autre part, le constat de sa solitude pour statuer, puisque le contrôle de la mise en œuvre de ces plans a été dévolu par la loi au seul juge, et ce en l'absence de décret d'application<sup>176</sup>, de « principe directeur », de « nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance s'imposant aux entreprises concernées », de « référentiels des droits concernés », de « d'instrument de mesures », ou « d'organisme de contrôle indépendant », de « moniteur » ou d'« indicateur de performance », le juge devant s'appuyer sur « une notion standard, "le caractère raisonnable" des mesures de vigilances contenues dans le plan de vigilance de l'entreprise, notion imprécise, floue et souple ».

Reste à voir les outils dont il dispose, avant de tenter de dégager un office adapté.

## 2.2. Les outils à la disposition du juge

Certains outils peuvent permettre au juge de mieux comprendre le litige et ses enjeux, (outils de compréhension), d'autres facilitent son traitement (outils de résolution).

### 2.2.1. Les outils de compréhension

Ce sont les outils qui vont permettre au juge de mieux appréhender la dimension systémique d'une cause de compliance.

---

175 Voir en ce sens : R. Libchaber qui rappelle que « *l'arrêt de règlement est un peu le monstre légendaire de notre droit : chacun le craint, quand nul n'est assuré de l'avoir jamais rencontré* ». Comme l'a écrit cet auteur, l'article 5 sert ainsi de « *réceptacle de toutes les questions d'office du juge qui ne sont pas réglées par ailleurs* » ; voir : R. Libchaber, « Arrêt de règlement et coupe du monde de football » in *RTC Civ.*, 1998, p. 784.

176 Le tribunal constate que le décret prévu par les dispositions de la loi « pouvant apporter des précisions sur le contenu de ces mesures de vigilance n'est pas paru à ce jour ». C'est aussi rappeler que des actes réglementaires pourraient être pris pour accompagner et faciliter l'application de la loi.



- En premier lieu, l'article 8 du code de procédure civile. Cet article permet au juge d'« inviter les parties à fournir des explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige ». Il permet ainsi au juge de demander aux parties, si elles ne l'ont pas fait de manière suffisante, des éléments de faits qu'il estime nécessaire à la solution du litige. L'article 8 du code de procédure civile fait ainsi partie de ceux qui se prêtent à une lecture propre à la compliance, qui pourrait lui donner une nouvelle destinée.
- La procédure d'avis par laquelle le juge du fond peut solliciter l'avis de la Cour de cassation lorsqu'il est confronté à une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges (article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire), pourrait aussi être un outil précieux pour mieux appréhender un droit de la compliance émergent. Elle paraît d'autant plus adaptée que l'une des conditions de recevabilité de celle-ci est la récurrence de la question<sup>177</sup>.
- Le recueil des avis éclairés (expert et *amicus curiae*), paraît aussi indispensable pour éclairer le juge.

Le recours à l'expert est d'autant plus nécessaire pour construire un office du juge « projeté », passer d'un juge du constat au juge d'une trajectoire ; le juge doit alors nécessairement s'appuyer sur l'expertise pour s'assurer que le risque envisagé est certain d'arriver si l'on ne fait rien.

Mais, au-delà même des questions techniques ou scientifiques, les buts monumentaux de la compliance peuvent aussi justifier que les juges recueillent l'avis de « sachants » pour les éclairer sur les différents enjeux du litige, économiques, sociaux, éthiques etc. Tel est le rôle plus précisément de l'*amicus curiae*.

Le tribunal judiciaire de Paris en a éprouvé le besoin puisqu'il a entendu, en tant qu'*amici curiae*, deux professeurs de droit ; et ces auditions ne sont sans doute pas étrangères à l'analyse qu'il donne dans les premiers motifs de sa décision pour expliquer le contexte et les sources de la responsabilité sociale des entreprises.

La démarche du tribunal judiciaire est suffisamment rare, surtout en première instance et de surcroît dans une affaire de référé, pour être signalée.

Par ailleurs, l'on sait que si l'article L.431-3-1 du code de l'organisation judiciaire (issu de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>178</sup>) a consacré la possibilité « d'inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer sur la solution d'un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine », ce texte est pour le moment cantonné à l'occasion de l'examen d'un pourvoi devant la Cour de cassation<sup>179</sup>.

177 Étant observé que, sur ce point, l'une des recommandations de la Commission de réflexion « Cour de cassation 2030 » (proposition n° 13) est d'alléger les conditions de recevabilité des demandes d'avis présentées par les juridictions du fond. Rapport p. 55.

178 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

179 Devant laquelle aussi le procureur général a pour mission de rendre « des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun » et d'éclairer « la cour sur la portée de la décision à intervenir » (article L.432-1 du code de l'organisation judiciaire).



Contrairement aux juridictions administratives<sup>180</sup>, il n'existe pas de disposition similaire devant les juridictions du fond pour lesquelles, sans être prohibé, le recours à un ami de la cour d'appel, ou à un ami du tribunal judiciaire, repose sur des bases plus incertaines<sup>181</sup>.

Il serait sans doute utile de profiter des réformes de procédure à venir pour donner un cadre règlementaire au recours à l'*amicus curiae* devant les juridictions judiciaires du fond, d'autant que si l'on veut faire émerger, en droit de la compliance, un office processuel commun judiciaire et administratif, ce qui serait souhaitable, chaque ordre de juridiction doit pouvoir disposer des mêmes outils.

Une telle réforme pourrait aussi être l'occasion de prévoir des assouplissement quant au déroulement de ces auditions, et permettre notamment l'interrogatoire croisé (en anglais, « *cross-examination* ») à l'instar de ce qui a été proposé dans le cadre du protocole de procédure applicable devant la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris<sup>182</sup>.

---

180 Depuis un décret du 22 février 2010, l'article R.625-3 du code de justice administrative énonce que « *La formation [de jugement] peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties. Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement des parties dûment convoquées* ». Le Conseil d'État en a fait usage dans deux grandes affaires, l'une liée aux emprunts russes et à l'interprétation des traités internationaux (CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brio Paiva*, n° 303678, in *RFDA*, 2012, chron. 377, obs. Clément-Wiz).

181 S'agissant des mesures d'instruction, on sait que le juge peut faire appel aux termes de l'article 232 du code de procédure civile à des experts destinés à l'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. Toutefois, le recours à un tel sachant pour l'éclairer sur « la solution du litige » n'est pas expressément prévu. Cela ne signifie pas qu'il est impossible d'y recourir, mais cela se fait par une interprétation compréhensive des textes du code de procédure civile. On peut songer à s'appuyer sur l'article 143 du code de procédure civile, selon lequel « *Les faits dont dépend la solution d'un litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* » ; ou encore sur l'article 179 du code de procédure civile qui permet au juge de prendre en toutes matières une connaissance personnelle des faits litigieux, afin de les vérifier lui-même. La difficulté réside en ce que dans l'esprit des articles 143 et 179, les faits auxquels ils renvoient sont les faits litigieux eux-mêmes, pas ceux induits par le système. L'alinéa 2 de l'article 179 du code de procédure civile pourrait être plus avantageusement mobilisé à notre soutien, car il semble plus large puisqu'il prévoit que le juge a le pouvoir de procéder « *aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires* ». De la même manière que l'on peut avoir une lecture internationale des textes du code de procédure civile – par extension dans l'ordre international des règles prévues pour l'ordre interne – faudrait-il aussi encourager une lecture de la procédure civile adaptée au droit de la compliance et aux causes systémiques qu'il embrasse, et entendre par « faits », le contexte du litige ou l'appréhension du système.

182 Le protocole signé le 7 février 2018 par la cour d'appel de Paris et le barreau de Paris a pour objectif « *d'organiser les modalités selon lesquelles les affaires seront examinées et jugées devant cette nouvelle chambre* ». S'agissant de l'audition des parties, des témoins et des experts, il prévoit des aménagements que la lettre du code de procédure civile ne comporte pas. Ainsi, si le code de procédure civile autorise la confrontation des témoins (article 215), il est aussi prescrit aux parties, à l'article 214 de ce même code, de ne pas « *interrompre ni interpellier* » les témoins, et surtout que « *Le juge pose, s'il l'estime nécessaire, les questions que les parties lui soumettent après l'interrogation du témoin* ». Le protocole est ici plus souple, puisque son article 5.4.4 précise que « *Le juge procède à l'interrogatoire des témoins en posant les questions qu'il estime utiles sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi. Les témoins pourront ensuite être invités par le juge à répondre aux questions que les parties souhaitent poser* ». Il permet ainsi une interpellation des témoins par les parties, sous le contrôle du juge.

- Le dialogue des juges et le droit comparé sont, enfin, de nature à aider le juge à mieux appréhender ou comprendre les causes de compliance par la connaissance de la manière dont cette cause aura été traitée par un autre juge. C'est évidemment vrai d'un dialogue entre le juge judiciaire et le juge administratif. C'est encore plus vrai entre juges étrangers pour les causes à dimension planétaire, comme en matière climatique<sup>183</sup> ; et l'on a pu constater que les premières décisions qui ont été rendues ont été regardées et analysées avec soin par les juridictions du monde entier comme le témoignage de ce qu'il est possible d'apporter comme solution dans tel ou tel pays<sup>184</sup>.

### 2.2.2. Les outils de résolution

Au titre de ces outils, on peut évoquer les éléments suivants.

- L'injonction de rencontrer un médiateur, généralisée par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>185</sup> donne la possibilité au juge, « *en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible (...), s'il n'a pas recueilli l'accord des parties [de] leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne (...)* » (article 22-1 et article 127-1 du code de procédure civile, issu du décret n° 2022-245 du 25 février 2022). Cette injonction peut être un moyen pour le juge de forcer les parties à considérer, par l'effet systémique de la décision à intervenir, qu'il serait plus utile d'en rediscuter entre eux de manière amiable, afin d'englober les différents aspects du litige en même temps.

Cette voie a été tentée par le tribunal judiciaire de Paris dans les litiges déjà évoqués. Si les parties ont déféré à l'injonction, seule la société TotalEnergies a fait part de son acceptation d'entrer en médiation.

Peut-être les parties ont-elles considéré qu'il était encore trop tôt, alors que le contentieux est émergent et qu'il pose de multiples questions. Cela traduit aussi sans doute le fait que les parties prenantes sont davantage dans le besoin de réponses juridiques avant d'envisager une solution négociée. Ce qui expliquerait pourquoi la phase de judiciarisation est en pleine croissance. Toutefois, la voie judiciaire n'est pas sans risque ; aussi est-il important que chaque acteur conserve à l'esprit les finalités du droit de la compliance, de sorte que si celles-ci peuvent être atteintes, même pour partie seulement, par la négociation, il ne faut pas négliger la voie de l'amiable.

---

183 M. Hautereau-Boutonnet, « Les procès climatiques : quel avenir dans l'ordre juridique français ? », in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 688 et suiv.

184 Tel est le cas de l'affaire *Urgenda*, du nom d'une organisation non gouvernementale militant pour le développement durable, qui a agi contre l'État des Pays-Bas sur le fondement de la responsabilité civile de l'État pour ne pas avoir respecté ses engagements en matière de réduction des émissions de CO<sub>2</sub> devant le Tribunal de première instance de La Haye. Ce tribunal, estimant que les objectifs néerlandais de réduction des gaz à effet de serre étaient trop faibles – par rapport à la Constitution néerlandaise, aux objectifs de réduction des émissions fixés par l'Union européenne, et aux principes établis en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également aux principes énoncés notamment dans l'Accord de Paris –, a, par un jugement du 20 juin 2015, imposé une réduction de 25 % des émissions de gaz à effet de serre (au regard des taux de pollution datant de 1990). Cette décision consacre, pour la première fois, une obligation pour un État de se conformer aux objectifs mondiaux de réduction des gaz à effet de serre.

185 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc.



- La convention de procédure participative, à cet égard, pourrait être très utile. Elle permet aux parties, assistées de leurs avocats, d'œuvrer conjointement à un accord pour mettre un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige (article 1544 du code de procédure civile). Les parties ont dans ce cadre la possibilité « *de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure* » (article 1546-1)<sup>186</sup>. En matière de plan de vigilance, les parties pourraient être bien avisées de mettre en œuvre un tel outil qui pose les bases d'un droit processuel « *ex ante* » et qui permet de satisfaire à la fois celles qui sont favorables aux solutions négociées et celles qui souhaitent éviter les chausse-trapes procédurales.
- Enfin, la motivation des décisions de justice. Dire de la décision de justice qu'elle est un outil de résolution du litige paraît aller de soi... Il y a cependant manière et manière de le faire et les débats nourris à la Cour de cassation sur la motivation enrichie en sont un fort témoignage. La motivation des décisions de justice est même le cœur de métier de l'office jurisprudentiel du juge, lequel consiste à « *dire le droit de manière explicite en tenant compte de ce qui a été décidé précédemment par les autres juges nationaux ou européens* »<sup>187</sup>.

Comme l'explique le rapport de l'Institut des Hautes Études judiciaires (IHEJ) dont est extraite cette définition, « *la jurisprudence c'est l'art de rechercher ce qui est bon pour le cas soumis au juge et ce qui est bon pour le système juridique en général, et notamment la sécurité juridique. Les deux vont se trouver en tension et doivent orienter l'office jurisprudentiel du juge* »<sup>188</sup>.

Au regard de l'attente des praticiens et des acteurs économiques et sociaux dans la mise en œuvre du droit de la compliance, et des incertitudes qui entourent les premières années d'application de la loi du 27 mars 2017, il est essentiel que le juge puisse, abordant les cas qui lui sont soumis, apporter un soin particulier dans les réponses apportées par une motivation enrichies, en explicitant le sens de sa décision, le cas échéant en se référant à des précédents, pour mieux expliquer les raisons pour lesquelles il y a lieu de faire évoluer la jurisprudence, et qu'il se saisisse de chaque litige pour les aborder et ainsi construire une politique jurisprudentielle si possible claire et cohérente.

Dans cette démarche le juge dispose d'une marge de manœuvre assez large puisque les règles régissant la rédaction des décisions de justice sont peu nombreuses et contraignantes.

Certes, un point pourrait poser difficulté : celui de la prohibition pour le juge de recourir à l'usage de motifs généraux ou abstraits<sup>189</sup> ; comme celui de se référer

186 Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 qui avait étendu cette possibilité précisait même que « *La signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état vaut renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure* ». Cet effet automatique a été considéré comme un frein à l'usage de telles convention et a donc été supprimée par le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021.

187 Rapport de l'IHEJ, *La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle*, avril 2013, p. 13.

188 *Ibid.*, p. 39.

189 Ccass, 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2003, pourvoi n° 99-18.189.

uniquement à des causes déjà jugées<sup>190</sup>. Il est ainsi interdit au juge « *de se projeter vers l'avenir en gouvernant par la généralité des termes de son dispositif, des situations qui demeurent encore à naître* »<sup>191</sup>.

Pour autant, tout en respectant ces principes, le juge dispose de moyens pour envoyer des signaux aux acteurs du système, notamment la pratique de l'*obiter dictum*<sup>192</sup> qui constitue une « incidente ajoutée dans un raisonnement »<sup>193</sup>, ou « un motif qui déborde largement les nécessités de l'espèce »<sup>194</sup> et qui permet au juge de motiver en dehors des limites du procès dont il est saisi<sup>195</sup>.

En ce qu'il permet un énoncé « au-delà du litige », l'*obiter dictum* apparaît comme particulièrement adapté au traitement des causes de compliance (même si sa portée est plus pédagogique que normative) et le tribunal judiciaire de Paris, encore une fois, en a précisément fait usage, lorsqu'il a précisé les contours de son pouvoir juridictionnel en tant que juge des référés, alors même qu'il avait déclaré irrecevable les demandes (*cf. supra*).

Le juge pourra aussi s'appuyer sur les codes de conduite que les parties prenantes se sont elles-mêmes imposés. Sans conférer force normative à ces normes privées, il pourra les prendre en considération dans le cadre de sa décision. S'agissant du devoir de vigilance, la doctrine suggère ainsi de s'inspirer des guides généraux et sectoriels proposés par l'OCDE pour la conduite responsable des entreprises (Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, mai 2018, et les différents guides sectoriels)<sup>196</sup>.

### 2.2.3. Les contours d'un office du juge adapté

Ces quelques éléments permettent, il me semble, de dessiner les premiers contours d'un office du juge en droit de la compliance. Ils tendent à établir que le traitement de ce contentieux exige du juge qu'il modifie l'horizon de son office et qu'il intègre des considérations méthodologique, d'utilité, de soutenabilité et d'efficacité dans son raisonnement.

L'office jurisprudentiel méthodologique doit lui permettre de construire une politique jurisprudentielle. Cet office est essentiel et, peut-être, le plus important : il y a une attente réelle de la pratique ; elle est d'autant plus forte qu'elle a pour objet toute une série de normes internalisées que les entreprises ont mises en

190 Ccass, ch. soc., 27 février 1991, pourvoi n° 88-42.705.

191 R. Libchaber, « Arrêt de règlement et coupe du monde de football », in *RTC Civ.*, 1998, p. 784.

192 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, éd. puf, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2007 : Celui-ci, « sert à désigner, dans un jugement, une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher ».

193 Ch. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », in *LPA*, 18 mars 1994 ; Ch. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », in *JCP G*, 1996, I. 3776.

194 L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », in *Gaz. Pal.*, 1999, doct. 1990.

195 S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », in *RTD Civ.*, 2011, 45, n° 9.

196 M. Hautereau-Boutonnet et B. Parance, in *La Semaine Juridique*, édition générale, n° 12, 27 mars 2023, act. 373, « Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! – À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies », *Libres propos*.

place pour éviter les sanctions, ou pour mettre en œuvre une obligation d’agir imposée par la loi : ces entreprises sont donc particulièrement en attente de savoir si ce qu’elles ont mis en place répond à l’attente, et si ce n’est pas le cas, pour quelles raisons, afin de les rectifier.

Au-delà de la méthode, le droit de la compliance paraît devoir mobiliser un office jurisprudentiel téléologique. Cela a déjà été dit, le droit de la compliance poursuit certaines finalités et le juge ne peut s’en abstraire et doit sans doute, interprétant les textes qui lui sont soumis, s’en inspirer pour une cohérence à sa réponse<sup>197</sup>.

C’est encore un office de soutenabilité qui doit être mobilisé par le juge. Si la loi du 27 mars 2017 a été adoptée, c’est bien parce qu’il a été considéré que les entreprises concernées, par leurs tailles et leurs poids économiques, étaient les mieux placées pour agir concrètement et prévenir des risques systémiques. Il y a cette idée de « soutenabilité » qui est présente dans la loi, et qui doit aussi sans doute imprégner l’office du juge dans sa réponse<sup>198</sup>.

Enfin, un office jurisprudentiel d’efficacité pourrait être aussi mobilisé par le juge de la compliance. Pour la plupart des situations, le juge va devoir appliquer ou se référer à des règles issues de différentes branches du droit (droit des sociétés, droit de la responsabilité civile, droit des contrats, droit de l’environnement...). Cette transversalité fait la richesse du droit de la compliance et permet aussi au juge de puiser dans ce *corpus* des méthodes d’interprétation. Mais, il devra sans doute aussi les interpréter à la lumière des enjeux et des finalités de la compliance et

---

197 Un tel office n’est pas nouveau : par exemple, il est mobilisé lorsque la Cour de cassation a décidé (Cass. ch. com., 25 mars 2014, pourvoi n° 12-28.426) que l’effet utile attaché aux décisions de régulation par le droit de l’Union européenne impliquait nécessairement qu’une décision prise par une autorité de régulation (en l’espèce, l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, l’ARCEP) puisse s’appliquer aux contrats en cours, contrairement au principe de non application rétroactive des décisions à des contrats en cours. Il s’agissait alors d’admettre que, pour qu’une politique de régulation puisse être mise en œuvre de manière harmonieuse et atteigne ses objectifs, il pouvait être nécessaire de s’exonérer de l’ordonnancement juridique classique (qui commandait ici de plutôt faire application de la non-rétroactivité l’application des règles nouvelles aux contrats en cours).

198 On trouve aussi dans la jurisprudence trace d’un tel office lorsque la Cour de cassation, en application de l’article L.336-2 du code de la propriété intellectuelle, approuve une cour d’appel d’avoir fait supporter le coût de mesures de blocage de sites offrant aux internautes la possibilité d’accéder à des contenus contrefaisants en flux continu (« *streaming* ») ou en téléchargement, sur les fournisseurs d’accès à Internet (FAI tels que SFR, Free, Bouygues télécom, ou Orange), alors que ceux-ci ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance des informations qu’ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (en vertu du principe de neutralité du Net). Voir : Cass, 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 juillet 2017, n° 1617217 et le commentaire en ce sens de M.-A. Frison-Roche, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, arrêts n° 9 à 11, éd. Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2019. Si la Cour de cassation a estimé que les FAI devaient en supporter le coût, et que ce coût ne pouvait l’être par les producteurs et distributeurs de films, dont pourtant seuls les droits sont atteints, elle l’a décidé en procédant de façon concrète à la mise en balance des droits en présence. Elle a relevé que l’équilibre économique des syndicats professionnels, déjà menacé par ces atteintes, ne pouvait qu’être aggravé par l’engagement de dépenses supplémentaires qu’ils ne peuvent pas maîtriser, et que l’exécution des mesures de blocage ordonnées par le juge n’imposait pas aux FAI des sacrifices insupportables au point de mettre en péril leur viabilité économique. La solution ne repose donc pas sur le seul syllogisme juridique, qui aurait pu conduire à écarter une solution consistant à imposer à des intermédiaires qui ne sont pas responsables des contenus publiés sur les sites, de supporter le coût des mesures de blocage. Si la solution est différente, c’est que le juge a considéré que le système ne pouvait pas fonctionner autrement, seuls les FAI ayant le pouvoir de le faire et d’en supporter le coût.

peut-être qu'une interprétation « en faveur » de l'efficacité du dispositif pourrait devoir être mobilisée. Cela pourrait être particulièrement utile pour les règles de procédure civile. Cela pourrait l'être aussi lorsque les contentieux portera sur les clauses contractuelles de compliance (insérées dans les contrats de sous-traitance, les contrats de fourniture pour s'assurer que les produits sont conformes aux normes environnementale, éthiques, etc.)<sup>199</sup>.

Ainsi, confronté à un cas de compliance, le juge ne peut-il se contenter de dérouler un office processuel classique : le droit de la compliance l'oblige à inventer un office adapté ; il doit se défaire de ses réflexes processuels pour, sans méconnaître évidemment les principes qui les sous-tendent (les principes directeurs du procès), les adapter au mieux au traitement de la compliance. C'est peut-être finalement et simplement rendre débiteur le juge aussi d'un devoir de vigilance processuel. Il faut lui en donner les moyens.

---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci M. Ancel pour cet exposé très précis qui nous a montré à quel point la place du juge va être déterminante dans la mise en œuvre de la compliance, et comment la compliance va renouveler notre exercice juridictionnel. Je retiens de votre intervention que le droit de la compliance va conférer un rôle créatif central au juge, c'est-à-dire que le droit de la compliance et le *processus* juridictionnel sont de nature normative au sens substantiel du terme. Autrement dit, ce sera parfois l'action qui précédera le fond, et non l'inverse, même si l'article 5 du code civil interdit en principe au juge de dégager des règles de fond<sup>200</sup>.

Je donne la parole à Mme Mignon Colombet qui va nous livrer son point de vue, notamment en matière pénale.

---

**Astrid Mignon Colombet**

*Avocate associée au cabinet August Debouzy*

Merci M. le président. Je remercie également le Conseil d'État pour son invitation à participer à cette table ronde en tant qu'avocate pénaliste pour parler du juge pénal.

---

199 À la jurisprudence reviendra de dégager les règles de validité et d'efficacité de ces clauses. La démarche n'est pas nouvelle non plus. Par exemple, en droit de l'arbitrage international, la jurisprudence a recours à des règles matérielles pour renforcer l'efficacité de l'arbitrage et éviter la mise en œuvre complexe de la méthode des conflits de lois, notamment pour déterminer les règles applicables à la convention d'arbitrage. C'est le cas, par exemple, de l'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage par l'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963, consacrée ensuite par l'arrêt *Dalico* du 20 décembre 1993 (pourvoi n° 91-16.828) ou encore la validité de la clause compromissoire par référence (1<sup>re</sup> civ., 9 novembre 1993, n° 91-15.194) avant même leur consécration dans le code de procédure civile. Pour une présentation plus générale, voir : Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2019, n° 594 et suiv.

200 « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. ».



Quand on parle du juge pénal *stricto sensu*, le paradoxe, plusieurs fois rappelé, est de déterminer son rôle dans le domaine de la compliance où tout est mis en œuvre pour prévenir le risque, c'est-à-dire pour éviter que le juge pénal ne soit saisi.

Puis, quand on réfléchit plus avant, on s'aperçoit que le juge du siège ne peut pas être mis à l'écart de la compliance qui conduit les entreprises à produire de nouvelles normes, code de conduite, cartographie des risques, plans d'actions, chartes éthiques, guides d'enquête interne, toujours dans le but de mieux déceler et prévenir en leur sein et dans leur environnement les risques systémiques notamment économiques, financiers, environnementaux. C'est en ce sens que Mme Delmas-Marty nous dit, de manière saisissante, quand elle évoque, en 2016, la justice américaine, que dès lors « *la punition devient autorégulation, le suspect avoue pour ne pas être déclaré coupable* ». Et l'on peut se demander si cette phrase forte qui dit que la punition devient autorégulation ne se retrouve pas également dans notre droit français de la compliance.

On constate en effet que l'accent contemporain est mis sur la prévention du risque sous toutes ses formes : risque juridique, risque judiciaire, risque de non-conformité, risque éthique, risque de réputation. Ce risque omniprésent conduit l'entreprise à se conformer toujours plus à des règles de différentes sources, mais également à secréter une forme d'autorégulation qui suppose très concrètement, dans un *processus* de compliance, la mise en œuvre d'un programme de conformité pour auto-détecter les faits avec des lignes éthiques d'alerte : auto-prévenir, autocorriger, auto-discipliner, et parfois sanctionner les auteurs des manquements identifiés.

Lorsque, par l'effet de ces programmes de détection, des faits suspects sont découverts au sein de l'entreprise, se pose ensuite la question de la révélation de ces faits aux autorités de poursuite. Dans ce contexte, quelle est alors la place faite au juge ou aux régulateurs ? La réponse est dans la question. Plus l'autorégulation est forte dans l'entreprise, et plus il est nécessaire qu'un tiers soit présent, tantôt régulateur, tantôt juge pour venir porter son regard distancié, son regard *ex post* ; un regard objectif lorsque le train de la compliance déraile et que la norme tourne à vide. À ce moment-là, il est important d'avoir des repères qui viennent de l'extérieur de l'entreprise.

Cela étant posé, comment concrètement le juge peut-il intervenir ? Il a déjà été question, durant ce colloque, de ce changement fondamental que crée la compliance dans l'entreprise, et qui nécessairement produit des effets sur l'office du juge, et à plus forte raison du juge pénal. Mais le cadre a changé. Le cadre normatif, d'abord, qui est devenu hétérogène, souple, mouvant et transnational. Il suppose un dialogue continu, un dialogue entre avocats, magistrats, procureurs, juges nationaux, internationaux, entreprises, et régulateurs. C'est le premier enjeu. Le second enjeu est de savoir ce qu'est une compliance réussie. Logiquement, l'on pourrait penser qu'une compliance réussie est celle qui conduit à une absence de procès, signifiant par là que la prévention a pleinement produit ses effets.



Mais alors que se passe-t-il quand la compliance ne réussit pas, et que le fait illicite survient ? En ce cas, l'on peut penser qu'il s'agit d'un échec du dispositif de compliance.

Comment cet échec se traite-t-il ? C'est la deuxième révolution de la compliance. L'échec de la compliance avec la survenance du fait illicite a tendance à ne plus se juger comme avant, mais plutôt à se régler. Or lorsque l'on « règle » un dossier, l'on ne juge pas exactement de la même manière qu'avant les faits. Cela parce que dans la compliance, lorsque le fait illicite survient, il existe une tendance, rappelée par le procureur général Molins, qui est le recours de plus en plus fréquent aux instruments de justice pénale négociée avec le recours à la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) inspirée de l'accord de poursuite différée britannique et américain. Aux termes de cette convention, le procureur propose à la personne morale de mettre fin aux poursuites sans reconnaissance de culpabilité. Ces conventions judiciaires permettent de mettre fin à des poursuites en matière d'atteinte à la probité, de fraude fiscale, de blanchiment, ou plus récemment d'atteinte à l'environnement moyennant le versement d'une amende d'intérêt public et, ceci est intéressant, parfois l'accomplissement d'un programme de mise en conformité ou d'une obligation de remise en état. Naturellement, ces instruments de justice pénale négociée ne signent pas la fin du procès pénal, mais représentent une tendance qui montre la transformation profonde du rôle du juge du siège lorsqu'il intervient, une fois que les faits sont réglés, au moyen d'une convention judiciaire.

Quel est le rôle du juge qui vient valider une convention judiciaire d'intérêt public ou homologuer un accord de reconnaissance de culpabilité (CRPC)<sup>201</sup> ?

Dans cet office du juge, existe une place de plus en plus importante pour le dialogue, comme cela a été évoqué précédemment à l'occasion de la décision du juge des référés de février 2023. Dans ce dispositif nouveau de compliance et de justice négociée, le dialogue occupe pour l'instant une place centrale entre la personne morale ou physique et le procureur. Mais quelle est la place du dialogue entre la personne morale et le juge, ou entre le procureur et le juge ? Ce sont ces questions-là qui, actuellement, ne sont pas toujours posées, et que je trouve très intéressant d'envisager aujourd'hui.

Dans un premier temps, je m'interrogerai sur le rôle *ex ante* du juge pénal, c'est-à-dire avant la commission du fait réputé illicite, dont je pense qu'il est limité, ce qui est heureux.

Dans un second temps, j'examinerai le rôle du juge *ex post*, c'est-à-dire quand l'acte illicite est réputé commis et qu'une enquête pénale est ouverte et que les faits objet de l'enquête entrent dans le champ d'application de la CJIP. Dans ce contexte, quel est le rôle du juge qui survient après que les faits ont été discutés entre le procureur et la personne morale ? C'est le rôle du juge de la validation dont nous verrons qu'il porte sur le bien-fondé du recours à la convention judiciaire.

---

201 La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), ou « plaider-coupable », permet de juger rapidement l'auteur d'une infraction qui reconnaît sa culpabilité (code de procédure pénale, articles 495-7 à 495-16).



Enfin, nous nous interrogerons sur la prise en compte par le juge lorsqu'il apprécie, dans le cadre d'un procès, la mise en œuvre des mesures de compliance avant ou après le fait illicite potentiel. Doit-on apprécier l'acte seul ou dans son environnement de compliance en prenant en compte ce que l'entreprise a mis en œuvre pour prévenir l'acte, ou ce que l'entreprise a mis en place après l'acte pour éviter sa réitération ? Tel est l'enjeu pour le juge pénal confronté à des faits commis dans le cadre de la compliance.

## 1. Le rôle préventif du juge pénal

Dans un premier temps, celui de l'ex ante, il convient de se poser la question du rôle préventif du juge pénal. Qu'il s'agisse de la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin 2 », de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance, les travaux parlementaires ont discuté le rôle du juge pénal. N'envisagerait-on pas une sanction pénale du défaut de prévention ? La loi « Sapin 2 » a réfuté cette possibilité. Ce refus s'inscrit dans notre culture judiciaire selon laquelle avant l'acte il n'y a rien. Il n'y a pas de responsabilité pénale puisqu'il n'y a pas d'infraction pénale en tant que telle née du seul défaut de prévention. C'est la réponse du droit français qui est fondée sur le principe de la responsabilité du fait personnel qui suppose la commission d'un fait infractionnel.

S'agissant de la loi sur le devoir de vigilance, la question du choix de la responsabilité pénale ou civile a été posée. En 2013, il a été envisagé un temps, avant la mise en œuvre de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance, que l'on envisage que l'article 121-3 du code pénal applicable en matière de délinquance d'imprudence s'applique également en matière de défaut de vigilance. Là aussi, ces tentatives ont été écartées.

Certes, une récente proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la corruption du 3 mai 2003 contient, dans son article 16-2, une disposition apparemment révolutionnaire puisqu'elle inviterait les États membres à prendre les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance de la part d'une personne morale a rendu possible la commission de l'infraction pénale d'une personne au sein de l'entreprise. Si, à l'heure actuelle, cette proposition n'a pas abouti, elle s'apparente à une infraction existant déjà en droit britannique. Il s'agit du *UK Bribery Act* de 2010 qui réprime le défaut de prévention de la corruption (« *failure to prevent* »), lorsqu'un fait de corruption a été commis. Dans un tel cas, l'entreprise peut s'exonérer en apportant la preuve qu'elle a bien mis en place les procédures de conformité adéquates. Le sujet est en pleine évolution, même si, aujourd'hui, *de lege lata*<sup>202</sup>, est consacré un rôle du juge pénal en matière de défaut général de prévention en l'absence de commission d'une infraction de corruption.

## 2. Le rôle répressif du juge pénal

Mais le terrain naturel de l'office du juge pénal se trouve *ex post*, c'est-à-dire après que le fait illicite a été commis. En effet, le cœur de la révolution de la compliance en matière pénale, c'est le fait que l'essor de la compliance, des normes et des

202 En application du droit actuellement en vigueur.



procédures, invite le juge répressif à prendre en compte non plus seulement le seul acte illicite commis, mais bien le comportement tout entier de la personne mise en cause.

Cette analyse du comportement tout entier nous est habituel dans les dossiers d'homicides et de blessures involontaires. Sont regardées les diligences normales qui ont été accomplies ou pas ; avec un standard de diligence normale apprécié au regard d'une personne normalement compétente. Mais ici la question qui se pose est de savoir si l'accomplissement d'un programme de conformité solide, voire exemplaire ou très perfectionné, permet d'atténuer la sanction, voire de la supprimer lorsque le fait est tellement résiduel qu'il n'est plus susceptible de faire l'objet d'une sanction pénale.

Notons que c'est une tendance de la politique pénale américaine que de prononcer des abandons de poursuites (« *declination* ») lorsque la démarche de conformité de l'entreprise a été « exemplaire » ou « exceptionnelle ».

Et si l'on revient à la justice pénale négociée, l'article 41-1-2 du code de procédure pénale dispose que le juge du siège valide ou non la proposition de convention au cours d'une audience publique de validation. Ce dernier a donc le pouvoir de valider ou non l'accord trouvé entre la personne morale et le procureur. Les critères de validation sont, d'une part, la régularité de la procédure, mais également le bien-fondé du recours à la convention judiciaire d'intérêt public au regard de l'intérêt public par rapport à la perspective de recourir à un procès pénal exemplaire. Pour l'instant, on peut noter que cinquante-quatre CJIP ont été validées.

Néanmoins, lorsque l'on examine les dernières ordonnances de validation, qu'elles soient rendues en matière d'atteinte à la probité ou de fraudes fiscales, ou encore d'atteinte à l'environnement, l'on observe une tendance du juge du siège à motiver plus particulièrement le bien-fondé du recours à la CJIP, et notamment la proportionnalité de l'amende d'intérêt public au regard des avantages tirés des manquements.

Pour terminer, lorsque le procès a lieu, une dernière mesure de compliance existe dans notre code. Il s'agit de la peine complémentaire de programme de mise en conformité qui peut être prononcée par le juge du siège lorsque des faits de corruption ont fait l'objet d'une condamnation. Si nous n'avons pas, pour le moment, d'exemple d'une telle condamnation, il est intéressant de souligner une révolution dans ce dispositif en pleine construction du droit pénal en matière économique, financière et environnementale.

Dans les années à venir, le juge pénal, qu'il s'agisse du juge de la validation ou du fond, aura à prendre en compte de plus en plus, non seulement l'acte lui-même, mais aussi tout le comportement avant l'acte et après l'acte.

En cela, la justice pénale négociée est une révolution marquante dans notre droit pénal.



---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci de ce très bel exposé qui nous laisse entrevoir des évolutions puissantes et profondes du rôle du juge pénal. Toutefois, ne risquent-elles pas de conduire à une confusion des rôles susceptible de porter atteinte au droit de la défense ? Après le droit à la non-incrimination, pourrait alors advenir l'obligation de coopération avec les autorités de poursuite ? C'est une interrogation qui va se poser à l'avocat et au juge gardien des libertés individuelles. La mise en œuvre du droit de la compliance, à vous entendre, doit aussi nous conduire à veiller à ne pas porter atteinte au principe de la responsabilité pénale du fait personnel, parce que l'on voit que cela peut s'étendre au-delà, et au principe de légalité des peines et des délits.

Je donne maintenant la parole au professeur Rapp qui va nous entretenir d'une illustration dans le domaine particulier de la taxinomie<sup>203</sup> européenne.

---

**Lucien Rapp**

*Professeur à l'université Toulouse-Capitole, professeur affilié à HEC*

## **Juridictions nationales et taxinomie européenne L'office du juge dans un dispositif de compliance<sup>204</sup>**

Merci M. le président. L'Union européenne s'est donnée comme objectif d'être la première zone économique mondiale décarbonée à l'horizon 2050<sup>205</sup>. Cet objectif pourrait lui attirer une nouvelle fois le reproche d'une très grande naïveté si le marché unique européen n'était l'un des plus importants au monde par le nombre des consommateurs et la principale zone de commerce intégrée. Il est donc, pour de nombreux opérateurs économiques non européens, un objet d'attraction qui ne leur est accessible qu'autant qu'ils se plient aux normes européennes, juridiques autant que techniques. En les respectant, ils finissent par en accepter l'usage et par s'accommoder de leur pertinence ; ce qui les conduit le plus souvent à les importer dans leur pays ou leur zone économique d'origine. C'est ainsi que le GSM, norme de téléphonie mobile de 3<sup>e</sup> génération, est devenue la norme mondiale, que le Règlement général de protection des données personnelles (RGDP) est aujourd'hui une référence juridique pour de nombreux États et que, de proche en proche, la loi européenne fait ainsi progresser le droit mondial.

---

203 Science des lois de la classification ; suite d'éléments formant des listes dans un domaine.

204 On préférera dans cette communication le terme anglais « compliance », plus riche de sens, au terme français « conformité », plus réducteur.

205 Pacte Vert pour l'Europe, 2019, Conclusions du Conseil européen, 12 décembre 2019. Le Pacte vert est articulé en deux étapes : 2030 (réduction de l'émission de gaz à effet de serre de 55 %) et 2050 (premier continent climatiquement neutre).



L'objectif d'une Europe verte en 2050 ne peut être atteint qu'au prix du déploiement de moyens efficaces, ce que la Commission européenne sait parfaitement faire, en énumérant, pour chaque objectif, un certain nombre de chantiers juridiques pour lesquels elle identifie les textes à revoir ou à élaborer. Six chantiers juridiques ont été identifiés pour atteindre l'objectif du « Green Deal »<sup>206</sup> impliquant la mise en place de moyens nouveaux, au nombre desquels la taxinomie européenne.

La taxinomie européenne vise à accompagner le verdissement de l'industrie européenne en repérant les activités les plus émissives de CO<sub>2</sub> et en les obligeant à rendre compte de leurs efforts, sous la forme de rapports extra-financiers les mesurant quantitativement<sup>207</sup>. Elle est donc, par nature, un dispositif de compliance, à la fois parce qu'elle est l'instrument de politiques responsabilisant les entreprises, et qu'elle implique de leur part la mise en place de procédures internes destinées à leur permettre de s'assurer à chaque instant de leur respect. Elle s'inscrit plus généralement dans ce qu'une directive récente en cours de transposition, la directive n° 2022/2464/UE du 14 décembre 2022<sup>208</sup>, en s'appuyant sur les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), appelle la *diligence raisonnable* et qu'elle définit de la manière suivante ; « *processus mis en œuvre par les entreprises pour recenser, surveiller, prévenir, atténuer et corriger les principales incidences négatives réelles et potentielles liées à leurs activités ou y mettre fin et déterminer comment les entreprises remédient à ces incidences négatives* » (considérant n° 32).

La mise en place de la taxinomie européenne en est à ses débuts<sup>209</sup>. Elle n'a donc pas encore suscité de jurisprudence significative. Elle offre toutefois un exemple significatif des relations des juridictions avec les politiques et stratégies de conformité. Elle montre notamment la particularité de l'office du juge dans un dispositif de conformité, en soulignant le renouvellement de sa fonction et la nécessité de techniques de contrôle appropriées.

\* \*

---

206 Parmi lesquels un important chantier concernant la finance verte couvrant notamment les fonds d'impact dont la progression est considérable : fonds d'impacts : 46 % des sociétés de gestion, 60 milliards d'euros, +148 % en un an.

207 La taxinomie européenne repose sur la méthodologie suivante :

- définition d'objectifs de développement durable (sept objectifs environnementaux) ;
- cartographie des entreprises selon qu'elles contribuent de manière substantielle à la réalisation d'un objectif environnemental, n'y portent pas atteinte, sont en conformité avec un minimum d'exigences environnementales ;
- identification d'activités dites « éligibles » (émissives + seuils de chiffre d'affaires ou d'effectif de salariés) : 11 000 entreprises ;
- exercice de quantification : indicateurs comptables (parts de chiffres d'affaires, parts de CAPEX, parts d'OPEX) ;
- constat (*in fine*) d'activités éligibles « alignées » ou « non alignées », l'objectif étant que toutes les activités éligibles soient alignées aux dates d'échéances précédemment évoquées.

208 *JOUE*, 16 décembre 2022, n° L322/15. La directive du 14 décembre 2022 est encore désignée de son sigle anglais « CSRD » (*Corporate Sustainability Reporting Directive*). Elle étend le champ d'application d'une précédente directive du Parlement européen et du Conseil n° 2013/34 (UE) du 26 juin 2013 (publication d'informations non financières) en incluant, dans l'obligation d'information que cette dernière directive prévoit, la publication d'informations en matière de durabilité.

209 Au-delà la directive précitée du 14 décembre 2022, la taxinomie européenne est articulée autour de deux séries de règlements européens récents : le règlement Taxinomie (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 et les règlements délégués de la Commission, notamment les règlements (UE)2021/2178 du 6 juillet 2021 et (UE) 2022/1214 du 9 mars 2022.



Mais, auparavant, il n'est pas inopportun de rappeler la portée institutionnelle des dispositifs de compliance. À partir des exposés excellents qui ont précédé, nous avons appris l'origine étymologique du mot « compliance »<sup>210</sup>, ce qui pour le juriste est toujours un indice utile. Nous en avons saisi l'objet, notamment ce double devoir de vigilance et de diligence raisonnable évoqué plus haut, dont l'Union européenne s'apprête à faire une nouvelle directive<sup>211</sup>. Nous nous sommes également familiarisés avec l'un des champs de la compliance, le domaine pénal, et, tout en prenant garde de ne pas confondre compliance et lutte contre la corruption, nous avons pris la mesure de l'utilité des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP).

Ce faisant, nous avons croisé trois modalités de la compliance qui montrent sa profondeur et empêchent de la réduire à un effet de mode. Ces trois modalités coexistent actuellement.

- la *compliance normative*, qui fonctionne comme une assurance de conformité juridique, ainsi que cela a été justement dit, dans un contexte de multiplication des règles de plus en plus variées dans leurs formes, et de moins en moins contraignantes dans leur nature ou leurs effets<sup>212</sup> ;

- la *compliance préventive*, dont l'objet est de réduire, sinon d'éliminer, les risques inhérents à l'activité d'entreprise, de plus en plus nombreux et gravement dommageables. Or beaucoup de ces risques sont, aujourd'hui, du fait de leur amplitude, de moins en moins assurables. L'amplitude de ces risques est également accrue par la dimension des entreprises dominantes proprement titanesque<sup>213</sup> des GAFAM auxquelles on réduit très rapidement leur liste aux entreprises Ikea, Walmart, Lego ou Starlink, etc. ;

- la *compliance prescriptive* enfin, qui cherche à infléchir les comportements et induit le rappel ou l'énoncé de valeurs éthiques ou morales sur le modèle de cette proposition de directive, évoquée précédemment, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité<sup>214</sup>. Il s'agit bien d'une révolution si ce devoir de vigilance implique que le défaut de surveillance au sein d'une entreprise puisse être, un jour prochain, constitutif d'une infraction (en anglais, « *failure to prevent* »).

\* \*

---

210 Du verbe espagnol « *cumplir* » qui signifie tout à la fois se conformer, respecter, répondre à des exigences, remplir des conditions.

211 Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 du 23 février 2022.

212 Sur le droit souple, on consultera avec profit l'étude annuelle 2013 du Conseil d'État qui demeure, dix ans plus tard, toujours actuelle (Étude annuelle 2013 - Le droit souple, éd. La documentation Française, 2013).

213 Selon l'expression proposée par François Lévêque, *Les entreprises hyperpuissantes. Géants et Titans, la fin du modèle global*, éd. Odile Jacob, Paris, 2021.

214 Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 du 23 février 2022, préc.



Pour aller plus loin, il faut décrire l'ampleur de la réforme institutionnelle sous-jacente à la généralisation de dispositifs de compliance. Pour cela, il nous faut rappeler que le dispositif juridique dans lequel nous avons vécu jusqu'ici et qui est encore en place pour une large part, est un dispositif légi-centré. Cela signifie qu'il repose sur des normes juridiques essentiellement législatives, mais aussi réglementaires, ou contractuelles au sens de règles juridiques « *faisant grief* » selon l'expression consacrée<sup>215</sup>, modifiant l'ordonnement juridique créant des droits ou faisant naître des obligations.

Ces normes sont assorties de sanctions juridiques civiles, commerciales, pénales ou contractuelles que le juge est chargé de mettre en œuvre. Il est au centre de ce dispositif juridique. Il en détermine la nature et le *quantum* au regard des faits de chaque espèce et des textes qui étaient applicables. Il s'assure de la conformité au droit de l'appréciation des juridictions du fond. Son rôle est central par nature autant que par position. Une expression anglaise désigne ce type de système juridique ; elle est particulièrement explicite. On parle en anglais de système de « *command and control* »<sup>216</sup>, ce qui n'est pas incompatible avec la démocratie ou avec l'État de droit. Bien au contraire.

Ce type de système que l'on pensait unique et construit de manière durable est soumis à l'énoncé de conditions, qui ont révélé, au fil du temps, une difficulté croissante à les réunir. Il faut d'abord que la norme juridique de référence soit applicable, ce qui renvoie à la délicate question de la territorialité de la règle de droit dans un monde global et de ses débordements éventuels : des pouvoirs du juge américain dans le cadre de la procédure dite de « *discovery* »<sup>217</sup> à l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence, du RGDP précité ou des deux règlements européens récents, le DMA (pour *Digital Market Act*)<sup>218</sup> et le DSA (pour *Digital Services Act*)<sup>219</sup>.

Il faut ensuite que la règle de droit soit de qualité, d'où l'importance que la jurisprudence du Conseil constitutionnel attache, depuis de nombreuses années, à l'intelligibilité de la règle de droit<sup>220</sup>, sans laquelle nul ne peut être censé l'ignorer. L'évolution récente de nos démocraties du fait de la généralisation de l'usage des réseaux sociaux nous invite également à porter une attention particulière à l'acceptation de la règle, qui n'est réellement appliquée qu'autant qu'elle est ressentie comme légitime, nécessaire et efficace.

Enfin, la dernière condition requise par les systèmes de « *command and control* » est l'effectivité de la règle au sens des mécanismes de coercition qui

---

215 On rappellera qu'en droit administratif français, une décision fait grief si elle modifie par elle-même la situation juridique d'une personne. Dans ce cas, elle peut faire l'objet d'une contestation devant le juge par la voie du recours pour excès de pouvoir.

216 Expression inspirée du vocabulaire de la tactique militaire.

217 La procédure de « *discovery* » ou « *pre-trial discovery* » permet au juge américain, dans le cadre de la recherche de preuves susceptibles d'être utilisées dans un procès, d'obtenir sous la contrainte la communication d'informations auprès d'autorités ou d'entités étrangères à l'extérieur du territoire américain.

218 Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022.

219 Règlement UE 2022/2065 du 19 octobre 2022.

220 A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2021 (numéro spécial sur la normativité).



en garantissent le respect. Ces mécanismes sont généralement de deux types : publics et privés. Mécanismes publics, dès lors que la règle incorpore elle-même son mécanisme de sanction, ce qui laisse le juge en recours possible contre ses excès, singulièrement lorsque la sanction est déterminée par des robots ou des algorithmes<sup>221</sup>. Mécanismes privés, parce qu'ils impliquent le recours au juge (et non plus seulement, le juge-recours) à l'initiative d'un requérant y ayant intérêt, ce qui suppose qu'une attention particulière soit apportée au « droit au juge », selon la belle formule régulièrement utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)<sup>222</sup>.

Les dispositifs de compliance reposent sur une tout autre logique, qui permet de mieux comprendre la raison d'être de cette journée d'étude et la pertinence de son objet autant que la nécessaire collaboration de deux des plus hautes juridictions du pays : le Conseil d'État et la Cour de cassation.

\* \*

Dans un dispositif de compliance, la norme n'est plus seulement juridique, elle est *comportementale* au sens d'un dispositif juridique prescriptif visant à obtenir une inflexion de comportements économiques, industriels, sociaux, juridiques, etc.

On évoquait plus haut le devoir de vigilance, voire de diligence raisonnable. C'est une norme comportementale. La jurisprudence du Conseil constitutionnel nous a habitués à une expression dont la signification ne laisse d'interroger le juriste<sup>223</sup>, celle d'exigences constitutionnelles<sup>224</sup>, au nom de laquelle par exemple, la décision du 14 avril 2023 sur la loi de finances rectificatives relative au financement des retraites a été rendue<sup>225</sup>. Une exigence est par nature prescriptive<sup>226</sup>.

221 Tels que les excès de vitesse identifiés par des radars et sanctionnés par une procédure informatisée conduisant à l'expédition de procès-verbaux assortis de sanctions exécutoires (amendes et perte de points éventuelle).

222 J. Rideau, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, éd. LGDJ, Paris, 1998.

223 Extrait d'un procès-verbal de délibération du Conseil constitutionnel, cité par Mathilde Frappier (« Principe, règle, exigence, disposition ou prescription constitutionnels dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : analyse d'un désordre », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (RDP), LGDJ, n° 5, 2021) : « Monsieur Jean Cabannes donne lecture du projet de décision. La discussion s'engage sur la formule « exigences de caractère constitutionnel » (p. 5). Monsieur le président fait remarquer que la formule n'est pas claire. Pourquoi exigences ou objectifs ? Pourquoi de « caractère » ... ? Il ne s'agit pas de garanties constitutionnelles mais des garanties légales de « principes constitutionnels » tout simplement. Monsieur le secrétaire général fait remarquer que cela conduit à modifier une formulation plusieurs fois utilisée par le Conseil. Monsieur le président remarque que les modifications doivent être insensibles et propose la formule « principes constitutionnels » qui est retenue ».

224 Outre l'article de Mathilde Frappier, on peut encore consulter sur cette notion, l'étude de T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles » », in *RFDC*, 2009, n° 80, pp. 749-764.

225 Loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de finances rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

226 L'exigence est du ressort de l'objectif à atteindre. Elle appelle une norme la concrétisant et la garantissant tout à la fois (sur les normes de concrétisation en matière constitutionnelle, voir notamment : M. Heitzman-Patin, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2020, tome 153). L'exigence impose une ligne de conduite destinée à fonctionner à son tour comme un repère. L'exigence correspond à une démarche prescriptive. Elle est « constitutionnelle » ou « essentielle ». La jurisprudence du Conseil constitutionnel se réfère très régulièrement aux exigences constitutionnelles (étude de Mathilde Frappier, préc.). Les exigences peuvent être essentielles au sens de conditions requises pour garantir la santé et la sécurité des personnes, la compatibilité électromagnétique ou éviter le risque d'interférences dommageables pour les tiers. Ces exigences-là sont invoquées en matière de dispositifs médicaux ou d'équipements de communications électroniques.



Qu'elle soit devoir ou exigence, la norme comportementale implique le déploiement de moyens, non de la part de services de l'État (comme dans un système de « *command and control* »), mais de la part des sujets de droit eux-mêmes. Pour s'y conformer ou pour s'assurer de leur respect, ils mettent en place des procédures internes. Ces procédures sont d'autant plus importantes qu'elles constituent un moyen de preuve et dans une large mesure, de limitation, sinon d'éviction ou d'exonération, de responsabilité en cas de difficulté<sup>227</sup>.

La sanction d'une norme comportementale n'est plus seulement de nature juridique, ou même juridictionnelle ; elle résulte de la pression de l'écosystème lui-même, comme dans un système de *blockchain*. On en donnera une illustration avec la taxinomie européenne dans un instant.

Les conditions qu'un dispositif de conformité requiert sont aussi d'une autre nature que dans un système de « *command and control* ». Elles tournent toutes autour de l'information et du principe de transparence. Elles tiennent d'abord à l'*obligation de sa diffusion*, qu'il faut donc généraliser, non en l'imposant brutalement, mais en cherchant à persuader les entreprises de l'intérêt que cette obligation présente du point de vue de la poursuite de leurs propres activités. Elles tiennent encore à la *qualité de l'information diffusée*, ce qui suppose tout un travail effectué en amont en vue de proposer des standards de référence et de les harmoniser entre zones de commerce intégré. Elles tiennent, enfin, à la *pertinence de l'information communiquée* et, dans une large mesure, à sa proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi. Il ne faut point trop en faire en effet pour ne pas produire l'effet inverse, celui de comportements non conformes, ou pénaliser l'entreprise par rapport à ses concurrents<sup>228</sup>.

On aura compris qu'un dispositif de conformité repose sur *la logique de l'incitation*<sup>229</sup>. Il inaugure assurément un nouvel âge de l'évolution de nos systèmes de règles, celui du *droit comportemental*<sup>230</sup>, qui pourrait être au droit ce que l'économie comportementale a été, au cours des dernières années, à la théorie économique : une transformation méthodologique de très grande ampleur, obligeant l'économiste à sortir des seules modélisations économétriques et à approfondir sa collaboration avec le psychologue, l'anthropologue, le sociologue ou le juriste.

\* \*

---

227 On a pu parler d'« *obligation de résultat dans l'accomplissement d'une obligation de moyen* » lors de l'adoption de la loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet.

228 Sur l'ensemble de ces questions, voir notamment notre étude : « Conformité, Proportionnalité et Normativité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2022, pp. 177-198.

229 Voir notre étude : « Théories des incitations et Gouvernance des activités spatiales », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2021, pp. 73-88.

230 A.-L. Sibony, G. Helleringer et A. Alemanno, « L'analyse comportementale du droit. Manifeste pour un nouveau champ de recherches en Europe », in *Revue Internationale de Droit Économique*, 2016/3, p. 315.



Rapportée à la taxinomie européenne, la norme comportementale est celle de la directive 2022/2464 (UE) qui, dans ses considérants, dilue l'*obligation de communication* de la directive précitée n° 2013/34/UE qu'elle modifie<sup>231</sup> en un « *devoir de diligence* », voire de « *vigilance raisonnable* », qui met en évidence l'intérêt des entreprises soumises à ses prescriptions « *à recenser et à gérer leurs propres risques et opportunités liés aux questions de durabilité* », qui spécule enfin sur le fait que « *les entreprises elles-mêmes tireront profit de la publication d'informations de qualité sur les questions de durabilité* », etc.

Les moyens déployés sont ceux de la communication d'information extra-financières, dont l'obligation a été initiée par la directive n° 2013/34/UE et qui, en 2022, a donc été étendue aux informations liées aux questions de durabilité.

Quant à la sanction, elle prend des formes diverses qui ne sont plus nécessairement juridiques ou mêmes juridictionnelles. À la vérité, c'est un nouveau système de poids et contrepoids qui se dessine, et qui décrit le mécanisme juridique interne des dispositifs de conformité. Il ne repose plus uniquement sur la sanction, prononcée par le juge en quelque sorte *ex post*, mais s'adresse *ex ante* à l'intelligence du débiteur de l'obligation et résulte d'un faisceau de contraintes susceptibles de peser sur son fonctionnement jusqu'à l'empêcher s'il s'entête.

C'est, d'abord, l'accès aux financements externes qui peut être progressivement rendu plus difficile ; l'accès au crédit bancaire que la banque peut lui refuser dès lors qu'il ne publie pas d'informations en matière de durabilité, ou que les informations qu'il publie sont insuffisantes. Les levées de fonds auprès des investissements qui sont rendues plus difficiles ou lui être interdites, tout comme l'accès au capital de croissance.

Ce sont, ensuite, les relations avec ses salariés, ses fournisseurs, ses sous-traitants qui peuvent se détériorer. Et c'est l'image de l'entreprise qui peut ainsi en pâtir.

Ce sont les recrutements qui se font de plus en plus délicats, notamment face à des générations qui manifestent une grande sensibilité au changement climatique et recherchent du sens dans leur vie professionnelle<sup>232</sup>.

Ce sont encore les assemblées d'actionnaires pour les sociétés cotées qui deviennent de plus en plus conflictuelles, notamment à l'initiative de fonds activistes de plus en plus nombreux en Europe et particulièrement attentifs au(x) résolutions dites) « *say on climate* »<sup>233</sup>.

\* \*

---

231 À bien interpréter les dispositions de la directive modifiée précitée n° 2013/34/UE, notamment ses articles 19 et 29, la publication de rapports extra-financiers correspond à une obligation, au plein sens de ce terme. Elle s'analyse en un impératif qui s'impose aux entreprises qui y sont assujetties et ne leur laisse aucune échappatoire, sauf à s'exposer à des sanctions administratives, civiles, commerciales ou même pénales, éventuellement prononcées par un juge.

232 Selon un sondage récent (10 octobre 2022) réalisé dans le cadre de l'OCDE, 97 % des diplômés de l'enseignement supérieur privilégient dans leur début de carrière les entreprises qui donnent un sens à leur vie professionnelle.

233 Selon un rapport de la Banque d'affaires Lazard (2022), l'activisme des actionnaires a établi un nouveau record en 2022 en Europe avec 60 campagnes lancées (126 campagnes dans le monde), ciblant notamment les entreprises britanniques et françaises. Soit une augmentation de 21 % par rapport à 2021.



Dans un tel système, on comprend que la place du juge ne soit pas exactement la même que dans les dispositifs de type « *Command and Control* ». De centrale qu'elle est dans un système légi-centré, elle pourrait devenir périphérique dans les dispositifs de compliance.

S'agissant de la taxinomie européenne, voici, par exemple, quelques-uns des contentieux qui devraient émerger dans les années qui viennent :

- Recours contre un acte délégué sur le modèle du recours engagé par le Fonds mondial pour la nature (WWF) contre le règlement délégué précité du 6 juillet 2021<sup>234</sup> devant la Cour de justice de l'Union européenne et dont le jugement est attendu en 2025<sup>235</sup> ;
- Éligibilité d'une entreprise à la taxinomie verte ;
- Non-respect de l'obligation d'information par défaut de publication d'un rapport extra-financier ;
- Absence de conformité du rapport publié aux normes comptables de référence ;
- Défaut de qualité, voire de sincérité de l'information ; il s'agit là d'une déclinaison du délit d'écoblanchiment (« *greenwashing* ») introduit par la loi dite « climat et résilience » du 22 août 2021<sup>236</sup> ; ce délit pourrait/devoir donner lieu à la conclusion de conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP) si l'on veut bien intégrer les infractions environnementales dans la liste des infractions qui peuvent donner lieu à ce type de conventions<sup>237</sup> ;
- Responsabilité des administrateurs ou des dirigeants exécutifs dans les limites de la jurisprudence en vigueur, aujourd'hui relativement restrictive, des actions en responsabilité sur le fondement des dispositions des articles L.225-251 et suivants du code de commerce<sup>238</sup>, mais peut-être demain sensiblement plus étendue.

\* \*

Voilà qui conduit à poser la question des techniques de contrôle du juge dans un dispositif de compliance, au-delà de la question de son rôle.

La problématique en est relativement simple : dans un système qui n'est plus légi-centré, l'appréciation du juge le place aux limites de la compétence discrétionnaire du législateur, du décideur politique, économique, financier, ou industriel. L'appréciation du juge peut encore le conduire à se fonder sur des lois

234 Règlement (UE)2021/2178 du 6 juillet 2021, préc.

235 Le bureau des affaires européennes du WWF, ClientEarth, Transport & Environment (T&E) et BUND (Friends of the Earth Germany) ont en effet déposé un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre le refus de la Commission européenne de supprimer le gaz fossile de la taxinomie.

236 Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de sa résilience face à ses effets.

237 La loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a créé un mécanisme inspiré des CJIP à l'article 41-1-3 du code de procédure pénale pour les délits prévus par le code de l'environnement et infractions connexes.

238 Pour un exemple (parmi de nombreux autres) : Ccas., ch. com., 12 octobre 2022, *FS-B*, n° 19-18.945.



ou des valeurs éthiques non-écrites, en quelque sorte naturelles, sur des normes supra-législatives ou sur la perception qui est la sienne, en pleine subjectivité, de ce que devrait être la bonne réglementation, le bon comportement, ou la bonne décision. On retrouve ici, mais pour une part seulement, la distinction, devenue traditionnelle, entre appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto*<sup>239</sup>.

Toute la difficulté du contrôle du juge et de ses méthodes tient ici au risque de glissement du contrôle de proportionnalité, aujourd'hui assez bien cerné, au raisonnement proportionnel dont les frontières sont encore incertaines. Ce glissement peut être illustré par les quatre « modèles » suivants qui décrivent un nuancier de l'étendue du contrôle du juge :

- modèle « légitime défense » (au sens du concept pénaliste) : Le juge fait application aux circonstances de l'espèce jugée de conditions légales. Il se prononce *ex post*, en exerçant son appréciation souveraine des faits. Il y a, dans ce cas, peu de risque de glissement institutionnel ;

- modèle « Benjamin » (par référence à l'arrêt du Conseil d'État en date du 19 mai 1933<sup>240</sup>) : Le juge se dote d'une méthode de contrôle. Il se fait juge de la disproportion objective d'un acte ou d'une action par rapport à l'objectif poursuivi ; le juge est encore dans son rôle institutionnel. En l'espèce, le Conseil d'État soumet les mesures de police au « *triple test de proportionnalité* », ce qui signifie qu'il vérifie que les mesures déferées sont adaptées, nécessaires, proportionnées à la défense de l'ordre public<sup>241</sup> ;

- modèle « Cour EDH »<sup>242</sup> : Le juge sanctionne une contradiction flagrante entre le comportement d'un justiciable (qui peut être un État) et un droit fondamental, ou une liberté essentielle, dont il est lui-même le gardien. Il n'est plus tout-à-fait sur le terrain du contrôle *ex post*. Il exprime des attentes *ex ante* sur le comportement du justiciable, sans que, nécessairement, un texte, un principe, un précédent, une règle coutumière viennent au soutien de son raisonnement proportionnel ;

- modèle « ordre public » : En l'absence de précision fournies par les textes, le juge finit par porter une appréciation politico-éthique sur la règle applicable. Il n'est plus lié par les dispositions législatives dont il est institutionnellement chargé de

---

239 Sur ce point, voir notre étude précitée : « Conformité, Proportionnalité et Normativité ».

240 CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin*, n° 17413 ; complété par CE, Ass., 26 décembre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827.

241 Le raisonnement du Conseil d'État est notamment repris *in extenso* dans la jurisprudence suscitée par le passe sanitaire (ordonnances de référé : CE, 26 juillet 2021, *M.B ... et autres*, n° 454754 ; CE, 26 juillet 2021, *SACD*, n°s 454792 et 454818 ; CC, décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, loi relative à la gestion de la crise sanitaire).

242 Comme le fait observer M. Guyomar (La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : « le contrôle du contrôle », *in Revue Justice Actualités*, n° 24, décembre 2020, p. 15), en cherchant à cerner les caractères originaux du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, « ce contrôle traduit le passage d'une évaluation directe par la Cour de la conventionnalité de la mesure litigieuse à la vérification que les enjeux ont été correctement appréhendés par les autorités nationales, c'est-à-dire conformément aux obligations des États parties à la Convention telles qu'elles résultent de sa jurisprudence ».



sanctionner et d'obtenir, par la sanction prononcée, le respect<sup>243</sup>. Il fixe lui-même, en pleine subjectivité, ce que la professeure Frison-Roche propose d'appeler les « *buts monumentaux* »<sup>244</sup>.

\* \*

De ce dégradé de techniques ou de méthodes de contrôle résulte la nécessité d'inviter le juge s'il n'est pas, lui-même, spontanément porté à faire œuvre de proportionnalité dans l'exercice de son contrôle de proportionnalité.

Comment y parvenir ?

De trois façons au moins, qui résultent de tendances de la jurisprudence récente, administrative comme judiciaire :

- 1) par une réflexion du juge sur sa mission, sa fonction, son rôle et l'étendue de ses pouvoirs. C'est ce type d'approche, en l'espèce sur l'office du juge de l'exécution des décisions contentieuses, qui commande la solution dégagée par le Conseil d'État dans l'arrêt du 10 mai 2023, *Commune de Grande Synthe et autres*<sup>245</sup> ;
- 2) par le recours à un « artefact », ce que l'on appelle dans la terminologie des cours et tribunaux anglais ou américains, un « test ». Ce test prend la forme de la définition d'un comportement de référence, qui fonctionne comme un indicateur à la fois pour le juge et pour le justiciable, débiteur d'obligation. Il en est notamment ainsi en matière d'aide d'État du « *comportement de l'investisseur privé en économie de marché* »<sup>246</sup>, qui permet de qualifier le comportement de l'État selon qu'il agit comme un actionnaire ordinaire, mu par des considérations seulement financières principalement liées à l'intérêt de l'entreprise, ou qu'il se comporte dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique et n'a pour seule préoccupation que l'intérêt général (protection de l'emploi, défense d'actifs stratégiques, sécurité des approvisionnements, etc.) ;
- 3) par la nécessité objective d'une pondération dans le contrôle exercé, en proportionnalisant la sanction prononcée à la nature et, plus encore, à l'étendue des « butes monumentaux » mis à la charge des entreprises. Il s'agit ici de rapporter les exigences pesant sur les entreprises qui y sont assujetties à l'importance et à l'utilité de l'objectif final retenu : en l'espèce le « Green Deal 2050 ». Le juge pourrait ainsi être porté à faire preuve de retenue en sanctionnant des abus uniquement, et non pas seulement des comportements non conformes<sup>247</sup>.

243 Dans un entretien publié par le journal *Les Échos* (29-30 octobre 2021, p. 7), le président de la Cour de justice de l'Union européenne a beau rappeler que « *la Cour n'est pas un acteur politique qui s'engage dans un débat public* », ce qui est profondément vrai puisqu'elle n'intervient pas spontanément et ne tranche que des litiges ou des questions dont elle est saisie, il doit aussi concéder que « *dans un contexte évolutif (...), la Cour précise les normes quand elles manquent de clarté* » ce qui « *se traduit par une fonction créatrice du droit* », avant de conclure : « *notre Cour a été instituée par les États membres pour dire le droit commun et éviter qu'il y ait des interprétations nationales différentes à partir du même texte* ».

244 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, op. cit.

245 CE, chr, 10 mai 2023, n° 467982. On se reportera avec intérêt aux paragraphes 8 et suiv. de la décision.

246 M.-P. Heusse, « Investisseur privé en économie de marché », in *Dictionnaire de droit de la concurrence*, éd. Concurrences, Paris, 2023.

247 Voir notre étude précitée : « Conformité, Proportionnalité et Normativité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, op. cit.



Ainsi se dessine le contrôle du juge, dans un dispositif de compliance en ce qui concerne tant sa place que ses techniques. On mesure de la sorte l'ampleur du mouvement institutionnel qui se définit, et qui ne se limite pas à de simples adaptations. Nul doute que le juge a et aura sa place dans un dispositif de conformité et qu'il perfectionnera ses techniques de contrôle. Mais il serait illusoire de penser que cette place et ces techniques seront les mêmes que celles dont il dispose aujourd'hui. Nous sommes devant une mutation qu'il serait déraisonnable, et gravement préjudiciable aux intérêts d'une bonne gouvernance de la justice, de prétendre sous-estimer et, plus encore, d'ignorer. À l'image de la taxinomie européenne, il y faudra beaucoup de détermination de la part des juridictions concernées sur le fondement de convictions progressivement et profondément établies à l'issue de journées d'études et de travaux comme ceux-là.

---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci M. le professeur pour ce très riche exposé. Je donne maintenant la parole à notre rapporteur qui va accomplir l'exploit de procéder à la synthèse de nos travaux, sachant qu'aucun d'entre nous ne lui a adressé auparavant son texte, ce qui donne toute l'ampleur de la prouesse qui va être réalisée. M. Seban, vous avez la parole.

---

**Alain Seban**

*Conseiller d'État,  
rapporteur*

Merci M. le président. En remarque liminaire, je rassure tous ceux qui s'inquiètent ici du respect par le Conseil d'État et la Cour de cassation de la loi Toubon : le mot « compliance » existe dans notre langue. « *Compliance : capacité d'un organe, d'une cavité à changer de volume en fonction des changements de pression* »<sup>248</sup>. Je prononcerai donc le mot « compliance » à la française, fort de la conviction que ce terme d'origine anglo-saxonne – ou peut-être hispanique – sera bientôt pleinement reçu dans notre langue dans l'acception que nous lui donnons aujourd'hui.

Alors que la compliance est en plein développement avec la mise au point de pratiques, de techniques, et de *processus* destinés à permettre, pour autant qu'ils atteignent leur but, d'éviter les conflits et, par conséquent, le recours au juge, on aurait pu se satisfaire que nos deux cours suprêmes se bornent à l'état des lieux qui a fait l'objet de la première table ronde.

Les rencontres auxquelles nous participons ont pourtant un objet plus ambitieux, comme le démontre la table ronde à laquelle nous venons d'assister : en interrogeant d'emblée le rôle du juge dans un phénomène qui vise à l'éviter, il s'agit, au-delà de l'apparent paradoxe, mainte fois relevé, de se livrer à un exercice qui, pour une part

---

248 Dictionnaire *Le Robert*.

au moins, revêt un caractère véritablement prospectif : l'intervention du procureur général Molins en était la parfaite illustration.

**1. Le juge, acteur crucial de la compliance : d'ores et déjà, le juge prend une part décisive dans la construction du droit de la compliance, et, possiblement, de la compliance comme nouvelle branche du droit.**

**1.1.** En premier lieu parce que, comme le relève Marie-Anne Frison-Roche dans l'article qui ouvre l'ouvrage sur *La juridictionnalisation de la compliance*, article intitulé « Conforter le juge et l'avocat pour imposer la compliance comme caractéristique de l'État de droit », il restera toujours une place pour le contrôle et l'interprétation des normes qui organisent et encadrent les mécanismes de compliance, contrôle qui ressortit tout naturellement à la compétence exclusive du juge.

On peut citer à cet égard le contrôle des actes de droit souple, le vice-président Tabuteau l'a évoqué, effectué par le Conseil d'État depuis les arrêts d'Assemblée de 2016 : *Fairvesta* et *Numéricable*<sup>249</sup> mais qui plonge ses racines dans l'arrêt *Crédit Foncier de France* de 1970 sur les directives<sup>250</sup>, qui n'eut que le tort d'être en avance sur son temps.

On peut penser que cette question, désormais familière aux magistrats administratifs, va se poser de plus en plus à nos collègues de l'ordre judiciaire, invités à exercer une forme de contrôle sur les codes de conduite, cartographies des risques, plans d'actions, chartes éthiques, guides d'enquête interne et autres engagements pris par les entreprises engagées dans des démarches de compliance, qui s'apparentent de plus en plus, Astrid Mignon-Colombet l'a relevé, à de nouvelles normes. Le président Vigneau a montré, dans son propos introductif, que d'ores et déjà le juge est amené à se poser la question de l'invocabilité de ces normes, de leur applicabilité au litige, et de leur interprétation.

**1.2.** En second lieu, parce que le juge accepte de plus en plus d'intervenir dans le domaine de l'*ex ante*.

C'est notamment le cas, s'agissant du juge administratif, parce que les États eux-mêmes se soumettent, au même titre que les acteurs privés, à des mécanismes de compliance dont le contrôle va incomber, en l'absence de juridictions supranationales à même de le prendre en charge (et sous réserve des articulations avec les juridictions de l'Union pour les États membres), à leurs juridictions nationales.

Les décisions rendues par le Conseil d'État les 19 novembre 2020, 1<sup>er</sup> juillet 2021 et, tout récemment, 10 mai 2023, dans les affaires *Commune de Grande-Synthe*<sup>251</sup>, relatives aux engagements de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans

249 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n<sup>os</sup> 368082, 368083 et 368084, Rec. p. 76 et, même formation, même date, *Société NC Numéricable*, n<sup>o</sup> 390023, Rec. p. 88.

250 CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c. Mlle Gaupillat et Mme Ader*, n<sup>o</sup> 78880, Rec. p. 750, concl. Bertrand.

251 CE, 19 novembre 2020, n<sup>o</sup> 427301, au Recueil ; CE, 1<sup>er</sup> juillet 2021, même numéro, au Recueil ; et CE, 10 mai 2023, n<sup>o</sup> 467982, au Recueil ; les trois décisions aux conclusions de St. Hoyneck.



le cadre de l'Accord de Paris sur le climat, illustrent ce rôle à la fois très nouveau mais qui mobilise des raisonnements juridiques assez classiques, ce qui explique que nous nous trouvions face à des décisions de chambres réunies et non d'une formation supérieure, et des modalités bien connues du droit administratif : recours pour excès de pouvoir, exécution des décisions de justice, invocabilité des normes internationales et aussi, selon un mode de raisonnement somme toute également assez classique, interprétation d'une loi nationale à la lumière de l'accord international qu'elle introduit dans le droit interne.

D'autre part, du côté du juge civil, la décision du tribunal judiciaire de Paris du 28 février 2023 dans l'affaire *Amis de la Terre France c. TotalEnergies*, si elle achoppe sur une difficulté de procédure, n'en contient pas moins des développements passionnants et très commentés en France comme à l'étranger sur l'office du juge des référés, comme – par un *obiter dictum* – du juge du fond en matière de compliance s'agissant de la mise en œuvre de l'obligation de vigilance édictée par la loi du 27 mars 2017<sup>252</sup>. Elle montre comment le prétoire de la juridiction civile s'ouvre à des acteurs issus de la société civile et faisant valoir des intérêts systémiques.

## **2. Les juges au défi de la compliance : l'obligation de revisiter un certain nombre de principes et de repenser un certain nombre de procédures.**

**2.1.** La compliance met fréquemment en jeu des échelles de normes qui se caractérisent non par leur auteur, comme dans la hiérarchie des normes traditionnelle, mais par leur caractère plus ou moins contraignant ainsi qu'une échelle de mesures qu'on pourrait qualifier de « chauve-souris » tant elles empruntent des caractères à la réparation en droit de la responsabilité, mais aussi à la sanction qu'elle soit civile, administrative ou pénale. Elle perturbe ainsi, voire brouille, des catégories juridiques qu'on croyait immuables et des domaines contentieux qui semblaient quasiment étanches les uns par rapport aux autres.

Les juridictions commencent tout juste à appréhender, de manière nécessairement pragmatique et au gré des contentieux dont elles sont saisies, l'ampleur des revisitations conceptuelles auxquelles la compliance nous convie de la sorte.

Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel de 2017 sur le devoir de vigilance<sup>253</sup> a illustré combien la compliance, lorsqu'elle débouche sur la nécessité de sanctionner, peut se trouver en délicatesse avec le principe de légalité des délits et des peines.

Cette aporie peut nous inviter à regarder, par exemple, en direction des procédures devant l'ARCOM, la première infraction donnant lieu à une mise en demeure qui précise la règle méconnue, permettant ainsi à la seconde infraction d'être sanctionnée sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines. C'est le Conseil constitutionnel qui a imposé ce mécanisme dans sa décision de 1989<sup>254</sup>.

252 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

253 CC, décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

254 CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, paragr. 35-38.



Il a été beaucoup critiqué à l'époque. Peut-être est-il temps de le reconsidérer ? Roch-Olivier Maistre nous en dira peut-être un mot lors de la troisième table ronde.

**2.2.** La notion de « buts monumentaux », qui donne son sens et sa portée aux obligations de compliance, a été dégagée en 2016 par Marie-Anne Frison-Roche. Elle est désormais très largement reçue : c'est d'ailleurs l'un des enseignements de ce colloque, puisque chaque intervention y a fait référence.

La contemplation des « buts monumentaux » est ainsi centrale dans les décisions rendues par le Conseil d'État dans le contentieux *Commune de Grande Synthe*, comme elle tend à le devenir, ainsi que nous l'a montré Astrid Mignon-Colombet, en droit pénal dans la procédure de validation des conventions judiciaires d'intérêt public, ainsi qu'en droit civil, comme l'a illustré en des termes particulièrement frappants le jugement du tribunal judiciaire de Paris de 2023 en la forme des référés dans l'affaire *Les Amis de la Terre*.

L'irruption des « buts monumentaux » dans des contentieux civils ou pénaux est probablement assez neuve. Elle est peut-être plus aisée à appréhender en droit administratif. Lucien Rapp a fait référence au contrôle de proportionnalité des mesures de police mis en œuvre depuis l'arrêt du Conseil d'État *Benjamin* de 1933<sup>255</sup>. Cette référence à la police administrative, que Didier-Roland Tabuteau a reliée à la compliance *via* la régulation, me semble offrir un point d'appui intéressant pour appréhender la compliance, dans la mesure où, comme la compliance, la police se définit par ses buts à savoir, pour la police municipale, par exemple, le fameux triptyque : sûreté, sécurité et salubrité publiques.

La police administrative permet de concevoir, au service de ces buts – qu'on peut peut-être qualifier de « monumentaux » – des mesures qui ne sont pas de l'ordre de la réparation, et qui échappent ainsi aux lois d'airain du lien de causalité direct et certain entre faute et dommage et de l'indemnisation intégrale du préjudice, et qui ne sont pas non plus de l'ordre de la sanction, et qui tout en devant, comme la sanction, être proportionnées, jouissent d'un régime procédural moins strict. Ces mesures ont en effet un but essentiellement préventif, qui est d'empêcher la répétition d'atteintes à l'ordre public qu'elles visent à rétablir et garantir.

La technique du contrôle de proportionnalité va toutefois, avec la compliance, prendre une ampleur parfois considérable, toucher à des questions qui peuvent être ardues, et souvent controversées, sur le plan scientifique comme sur le plan politique, placer face à des choix systémiques à la portée majeure et, en définitive, sommer de prendre la pleine mesure d'enjeux immenses qui semblent parfois planer loin au-dessus ou au-delà du cadre traditionnellement bien délimité d'un procès ou d'un prétoire. Avec cette difficulté supplémentaire qu'il faudra, pour le juge, aborder son office dans une perspective non plus statique mais dynamique, ou, comme l'a dit François Ancel, « *amener le juge à n'être pas seulement un juge du constat (...) et à devenir aussi le juge d'une trajectoire* ».

---

255 CE, 19 mai 1933, *Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, n<sup>os</sup> 17413 et 17520, Rec. p. 341.



**2.3.** Sur le plan processuel, l'intervention de François Ancel a montré, après la décision *Les Amis de la Terre*, les défis auxquels la compliance soumet des dispositifs procéduraux qui n'ont pas été pensés pour elle, et notamment la procédure de référé. Défis tout aussi aigus me disais-je en l'écoutant, pour les référés administratifs.

Il est certain, François Ancel l'a dit, que le droit processuel offre un espace privilégié pour envisager une prise en compte unifiée des démarches de compliance, en même temps que des outils dont il faut réfléchir à l'adaptation. Il s'agit également, par sa nature même, d'un espace où se retrouvent les deux ordres de juridiction, dont le dialogue, plusieurs intervenants l'ont souligné, sera essentiel dans la construction du droit de la compliance.

Ce dialogue des juges, entre juges administratifs et judiciaires, mais aussi entre juges nationaux et juges européens (au pluriel), et entre juge français et juges étrangers s'est noué dès l'émergence de la compliance dans le paysage juridique. Face à des approches très nouvelles, les juges se sont spontanément intéressés à ce qui a pu être fait chez nos voisins : je pense à la référence faite par Stéphane Hoynck à l'arrêt de la chambre civile de la cour suprême des Pays-Bas du 20 décembre 2019 dès ses conclusions sur la première décision *Commune de Grande Synthe*, ou à l'intérêt international suscité par le jugement du tribunal de première instance de La Haye du 26 mai 2021 dans l'affaire dite « Shell ».

Notre table-ronde l'a montré, Marie-Anne Frison-Roche y reviendra certainement : loin de reléguer le juge dans un rôle périphérique, la compliance va faire reposer sur lui des responsabilités immenses. Le juge a l'habitude de décider, et de trancher des situations délicates et souvent complexes. Mais jamais il n'a été amené à le faire en embrassant d'aussi vastes horizons, où l'adjectif « monumental » prend tout son sens, face à des acteurs si puissants, une demande sociétale si pressante et des enjeux systémiques multiformes qui intéressent souvent l'humanité entière et se déploient sur une échelle planétaire, au sein de *processus* dans lesquels le juge sera l'ultime garant de l'État de droit et du caractère démocratique des décisions. Ce nouvel office du juge ne s'inventera pas dans la solitude. Jamais le dialogue des juges n'aura paru si essentiel. Ce colloque en constitue l'illustration en même temps qu'une étape importante et peut-être même fondatrice.

---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup d'avoir accompli cet exploit de faire une synthèse complète dans le temps imparti. Nous passons aux questions du public.



# Échanges avec la salle

---

## **Question du public**

*Il a beaucoup été question des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP). Dans les cinquante-quatre CJIP validées à ce jour, l'une d'elles concerne-t-elle le droit pénal de la protection des données personnelles ?*

---

## **Astrid Mignon Colombet**

*Pas encore. La convention judiciaire d'intérêt public a un domaine limité par le texte des articles 41-1-2 et 41-1-3 du code de procédure pénale, mais ne couvre pas pour l'instant le droit des données personnelles.*

---

## **Question du public**

*Comment réagit le juge qui est confronté à une question de compliance ?*

---

## **Lucien Rapp**

*Ainsi que je l'ai exposé, le juge est appelé à intervenir dans les contentieux liés à la compliance. Et je n'ai aucun doute sur le développement de ce type de contentieux administratif ou judiciaire. Mais la difficulté de son contrôle tient à l'étendue de son office. Il lui est en effet très facile de glisser du contrôle de légalité classique au contrôle d'opportunité, c'est-à-dire de se trouver juge de décisions stratégiques qui le dépassent. Une bonne illustration en est fournie par le contrôle de proportionnalité, et le glissement que l'on observe déjà du contrôle au raisonnement proportionnel. Dans le raisonnement proportionnel, le juge est tenté de créer ses propres référents juridiques. Nous sortons de régimes légi-centrés, au sens de régime dont les éléments se trouvent dans la loi ou ses textes d'application, et entrons dans des régimes de contrôle plus subjectif, dans lesquels le risque existe que le juge interprète la loi à sa façon, voire fasse naître, de toutes pièces, des règles ou des principes supra ou infra-législatifs.*

*Nous sommes ici au cœur du dilemme d'Antigone partagée entre les lois écrites et les lois non-écrites<sup>256</sup>. Toute la difficulté du juge sera de se donner des critères objectifs et transparents. J'ai cité dans mon exposé l'exemple de la jurisprudence relative aux aides d'État et notamment de cette technique désormais connue du test de l'investisseur privé en économie de marché. On peut anticiper que le juge la reproduise et en généralise l'utilisation.*

---

256 *Antigone* : tragédie de Sophocle (-495,-406 av. J.C.), reprise par Jean Anouilh (1910-1987) sous l'Occupation et publiée en 1946.

---

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci à tous les intervenants pour la richesse et la pertinence de leurs exposés, et au public pour son écoute attentive et sa participation à nos débats.



# Quelles nouvelles frontières pour la compliance ?

Les mécanismes inspirés de la compliance se développent dans de nouvelles branches du droit. En matière pénale, le législateur a ainsi introduit les « conventions judiciaires d'intérêt public » en 2016. Inspirées du droit anglo-saxon et mises en œuvre en lieu et place de l'engagement de l'action publique, elles peuvent être conclues entre le procureur de la République et une personne morale mise en cause pour des faits d'atteinte à la probité ou à l'environnement. Elles impliquent le suivi par l'intéressée d'un programme de mise en conformité exécuté sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) ou des services compétents du ministère chargé de l'environnement.

Dans un autre domaine, le législateur a renforcé les obligations incombant aux opérateurs de plateformes en ligne en matière de modération des contenus illicites : coopération avec les autorités publiques, transparence quant à leurs politiques et leurs moyens en matière de lutte contre les contenus haineux, évaluation des risques ou mise en place de dispositifs de notification des contenus illicites par les utilisateurs. L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) veille à leur respect. Ce cadre est appelé à évoluer en profondeur du fait de l'entrée en vigueur du règlement européen sur les services numériques du 19 octobre 2022 destiné à responsabiliser les plateformes numériques et lutter contre la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables, ou de produits illégaux. Cette table ronde revient sur ces différentes évolutions et cherche à explorer les enjeux de ces nouveaux champs de développement de la compliance.

## Sommaire

Biographie des intervenants.....	143
Actes de la table ronde.....	147
Échanges avec la salle.....	171



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômé de l'École centrale des arts et manufactures ainsi que de l'Institut d'études politiques de Paris, Christophe Chantepy intègre le Conseil d'État en 1986 à sa sortie de l'École nationale d'administration (promotion « Denis Diderot »). Au cours de sa carrière au Conseil d'État, il occupe différents postes au sein de la section du contentieux et des sections administratives. Commissaire du Gouvernement à la section du contentieux (1995-1997), puis assesseur (2003-2006, 2007-2009, 2014-2015 et 2019), il est président de la 1<sup>re</sup> puis de la 3<sup>e</sup> chambres (respectivement de 2010 à 2012 et de 2019 à 2021). Christophe Chantepy a exercé par ailleurs les fonctions de conseiller technique au cabinet du ministre délégué auprès du ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et du budget, puis au cabinet du Premier ministre de 1991 à 1993, de directeur de cabinet de la ministre déléguée à l'enseignement scolaire puis du ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État de 1997 à 2002, et de directeur de cabinet du Premier ministre de 2012 à 2014. De 2015 à 2019, il est ambassadeur de France en Grèce. Il est président de la section du contentieux depuis le 27 janvier 2021.

## Intervenants

### **Roch-Olivier Maistre**

*Président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)*

Diplômé de Sciences Po, titulaire d'une licence de sciences économiques et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, 1982), Roch-Olivier Maistre est administrateur de la Ville de Paris de 1982 à 1986. Il rejoint ensuite le cabinet du ministre de la culture et de la communication en tant que conseiller (1986-1988). Entre 1988 et 1991, il est sous-directeur des affaires économiques à la direction des finances et des affaires économiques à la Ville de Paris, puis directeur du cabinet du secrétaire général. Il occupe ensuite le poste de directeur général de la Comédie-Française (1993-1995), avant de devenir secrétaire général du Conseil de Paris (1995-2000). Entre 2000 et 2005, il rejoint la présidence de la République en tant que conseiller pour l'éducation, la culture et la communication. Il intègre la Cour des comptes en 2005 et y occupe successivement les postes de conseiller maître à la 4<sup>e</sup> chambre, responsable du secteur affaires étrangères, premier avocat général au Parquet général, président de chambre et rapporteur général

du comité du rapport public et des programmes de la Cour des comptes. Roch-Olivier Maistre préside l'ARCOM depuis le 4 février 2019.

### **Paul Nihoul**

*Juge au Tribunal de l'Union européenne, professeur à l'UCLouvain*

Diplômé en philologie romane (1984), titulaire d'une maîtrise en droit de la Harvard Law School (1988-1989) et docteur en droit (UCL, 1998), Paul Nihoul est spécialiste en droit européen (droits institutionnel, de la concurrence et de la consommation). Il a par ailleurs effectué des séjours de travail et de recherche à l'étranger (New-York, Luxembourg, Groningen, Washington), qui le portent à exercer des fonctions en Europe et à l'international au cours de sa carrière : *Attorney and Counselor at Law* (1989-1990) au barreau de New York (Cleary Gottlieb Steen Hamilton, États-Unis) ; référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes (1991-1995) ; chargé de cours, puis professeur à la Rijksuniversiteit Groningen, Pays-Bas (1999-2001), où il a été titulaire de la chaire Jean Monnet sur la société européenne de l'information (1999). Depuis 2001, Paul Nihoul est professeur à l'université catholique de Louvain (UCL) où il a enseigné le droit de la concurrence et le droit de la consommation (aspects nationaux, européens et internationaux), et dirige le centre de droit de la consommation. Il a présidé l'Institut de recherches interdisciplinaires en sciences juridiques jusqu'en septembre 2015. Paul Nihoul a été président de l'*Academic Society for Competition Law* et Senior Fellow à l'*American Antitrust Institute*. Il est membre élu de la *Academia Europaea*. Il est l'auteur de publications juridiques dans des revues belges et internationales. S'agissant d'ouvrages, il a notamment publié : *La concurrence et le droit*, éd. Management et société, Paris, 2000 (traduit en espagnol et en chinois) ; *Les télécommunications en Europe – Concurrence ou organisation de marché ?* (éd. UCL-PUL, Louvain, 2005) ; et *EU Electronic Communications Law* (Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition 2011, avec P. Rodford). En 2016, il a été nommé par les États membres juge au Tribunal de l'Union européenne.

### **Jean-François Bohnert**

*Procureur de la République financier au tribunal judiciaire de Paris*

Diplômé de l'École nationale de la magistrature (ENM), Jean-François Bohnert occupe en 1985 le poste d'auditeur de justice au sein de l'École. En 1986, il devient substitut du procureur de la République au tribunal de grande instance (TGI) de Strasbourg. En 1993, il est nommé juge d'instruction au tribunal des armées des forces françaises stationnées en Allemagne puis, cinq ans plus tard, magistrat de liaison dans ce même pays (1998-2003). En 2003, il devient représentant adjoint de la France auprès de l'Unité de coopération judiciaire Eurojust à La Haye (2003-2007). De retour en France, il est nommé successivement procureur adjoint au TGI de Dijon (2007-2011), avocat général près de la cour d'appel de Bourges (2011-2013), procureur de la République au TGI de Rouen (2013-2016), et procureur général près la cour d'appel de Reims (2016-2019). En octobre 2019, Jean-François Bohnert est nommé au poste de procureur de la République financier près le tribunal judiciaire de Paris, institution à la compétence nationale



sur les atteintes à la probité, les atteintes aux finances publiques et au bon fonctionnement des marchés financiers et sur les infractions aux règles de la concurrence.

**Joëlle Toledano**

*Professeure émérite des universités, associée à la chaire Gouvernance et régulation de l'université Paris Dauphine-PSL, membre du Conseil national du numérique (CNNum) et de l'Académie des technologies*

Docteur en mathématiques et en économie, Joëlle Toledano a mené une double carrière universitaire et en entreprise, avant de s'investir dans des sujets de politique publique. Professeur des universités, elle a été membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) de 2005 à 2011, et du conseil d'administration de l'Agence nationale des fréquences (Anfr) de 2013 à 2022. Joëlle Toledano a publié plusieurs ouvrages, des rapports publics et de nombreux articles scientifiques et grand public dans les domaines de l'économie industrielle et l'économie et la régulation du numérique, des communications électroniques et des postes. Son dernier ouvrage, *GAFA : reprenons le pouvoir* (éd. Odile Jacob), a obtenu trois prix dont celui du meilleur livre d'économie 2020.





# Actes – Quelles nouvelles frontières pour la compliance ?

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Durant cette dernière table ronde intitulée « Quelles nouvelles frontières pour la compliance ? », nous allons tenter de prolonger un certain nombre d'analyses développées dans les deux tables rondes précédentes. Derrière ces nouvelles frontières apparaissent, d'une part, de nouveaux domaines qui vont être investis par un système de compliance, aspect que l'on verra notamment à travers l'intervention du président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) et, d'autre part, des domaines dans lesquels la compliance est en devenir, comme l'évoquait précédemment la présidente de l'Autorité des marchés financiers (AMF) en nous expliquant à quel point, dans le secteur financier, les modules s'ajoutaient « au fil de l'eau ».

Mais au-delà de la conquête de nouveaux territoires par le mécanisme de la compliance, nous allons aborder plusieurs sujets.

Le premier est celui des limites intrinsèques de la compliance. Mme Barbat-Layani a pointé la problématique du formalisme et des classeurs, aujourd'hui dématérialisés, dans lesquels l'on coche des cases. Il a été dit, lors de la deuxième table ronde, qu'avec le système de la compliance, le rôle des juges allait s'étendre, et que face à un *corpus* normatif parfois ténu ou flou il allait falloir que le juge énonce davantage de règles, ce qui est problématique car nous ne sommes ni administrateurs, ni législateurs.

Il y a aussi les frontières de l'Union européenne : le directeur général du service juridique de la Commission européenne a souligné à quel point d'autres grandes puissances regardaient avec intérêt ce que nous construisons au niveau européen pour la régulation du numérique.

Mais il y a encore d'autres sujets que nous aborderons sans doute durant cette séquence, qui participent de l'extension de ces nouvelles frontières, comme l'appropriation complète de la compliance par les acteurs économiques, les régulateurs et les juges, dont on a déjà beaucoup parlé, mais aussi par les acteurs de la société civile. Des systèmes de compliance peuvent-ils fonctionner s'ils ne sont pas surveillés par les ONG, les associations, les citoyens, ou les partis politiques ?

Il existe une frontière qui doit être franchie avec succès, si l'on veut que la compliance ne se fracasse pas sur un mur d'incompréhension : il s'agit d'expliquer aux citoyens ce que la compliance est, et en quoi elle peut fonctionner.

Récemment, en France, des pizzas ont fait l'objet d'un problème de sécurité alimentaire<sup>257</sup> qui a engendré des retraits de produits en catastrophe. Un journaliste d'une radio d'audience nationale a commenté cet événement en indiquant que ce n'était pas surprenant, dès lors que le contrôle était internalisé.

Il faut garder à l'esprit cette frontière citoyenne si l'on veut que ces systèmes de compliance soient compris et acceptés. C'est là un enjeu fondamental. Et si nous ne gagnons pas cette frontière, cette bataille de la communication et de l'explication grand public, l'opinion publique considérera une fois de plus, dans le climat de défiance actuel déjà défavorable à la puissance publique, que cette dernière est incapable de contrôler des procédés qui la dépassent, et, qu'une fois de plus, l'État se défait, baisse les bras et ne se donne pas les moyens de protéger les données personnelles, la sécurité sanitaire, etc.

Pour évoquer ces problématiques, quatre intervenants vont se succéder durant cette table ronde : M. Roch-Olivier Maistre, président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) ; M. Paul Nihoul, juge au tribunal de l'Union européenne et professeur à l'université catholique de Louvain ; M. Jean-François Bohnert, procureur de la République financier ; et Mme Joëlle Toledano, professeure émérite des universités. Je donne tout de suite la parole à Roch-Olivier Maistre.

---

### **Roch-Olivier Maistre**

*Président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)*

Merci beaucoup, Monsieur le président, de m'offrir l'occasion de m'exprimer dans cette enceinte qui est fondamentalement celle du juge de notre action quotidienne.

À travers l'expérience de la régulation audiovisuelle, je souhaiterais avancer l'idée du croisement entre, d'un côté, les principes qui fondent la régulation et, de l'autre, la compliance. L'évolution chronologique de la régulation illustre, en effet, une forme de convergence, de croisement, voire de dialogue entre les principes de la régulation et ceux de la compliance.

Cette régulation a vu le jour assez tardivement en France, puisque notre modèle audiovisuel a reposé sur l'intervention de l'État qui a détenu le monopole de la télévision et de la radio jusqu'au début des années 1980 ; c'est seulement à partir des années 1980 que notre paysage audiovisuel s'est libéralisé et que la régulation est née.

Il s'agit d'une régulation classique, avec une dimension fondamentalement normative, prescriptive comme a dit le professeur Rapp, où le régulateur, dans le cadre législatif fixé par la loi, édicte des normes par ses délibérations et s'attache ensuite à veiller à leur application par des instruments coercitifs. C'est une régulation au départ essentiellement technique : la gestion de fréquences

---

<sup>257</sup> 30 mars 2023, fermeture des usines de pizzas Fraich'Up Buitoni à Caudry (Nord) en raison de la bactérie *Escheridia Coli*.



sur lesquelles émettent les éditeurs de chaînes de télévision et de radios, et la délivrance de ces autorisations avec les obligations qui s’y attachent, et le respect de ces obligations par des procédures de mises en demeure, voire de sanctions.

Cette régulation demeure aujourd’hui. Comme vous le savez, nous sommes dans une période où beaucoup de chaînes de télévision hertziennes arrivent en fin d’autorisation. Nous sommes donc dans une phase de gestion des procédures de renouvellement des autorisations. C’est une compétence qui, au fil du temps, a évolué et s’est enrichie dans le domaine culturel avec notre modèle de financement de la production cinématographique et audiovisuelle qui repose largement, en France, sur les contributions des éditeurs des chaînes de télévision. Là aussi, le régulateur applique des règles avec des taux d’obligations et des activités de contrôle liées au respect de ces obligations et, le cas échéant, avec la possibilité de mises en demeure ou de sanctions.

Autre exemple de cette régulation historique classique : le respect des règles de pluralisme des courants de pensées et d’opinions. Les chaînes de télévision et de radio sont soumises à une série d’obligations en la matière, et le régulateur, par le contrôle du temps de parole des formations politiques sur les antennes, s’assure du respect des équilibres et peut être amené à intervenir. C’est l’approche d’une autorité administrative indépendante classique qui dispose d’un pouvoir et d’une capacité de sanction ; cet office est rempli sous le contrôle du juge administratif, en l’occurrence le Conseil d’État.

Mais ce premier temps n’a eu qu’une durée limitée, et la régulation s’est considérablement enrichie au fil des années. Je crois que la loi de 1986<sup>258</sup> a dû être modifiée près de cent fois. Je préside l’Autorité depuis presque cinq ans, et j’en suis déjà à mon dixième texte de loi ; deux étant encore dans les circuits pour l’année 2023. Jamais le vieux serviteur de l’État que je suis n’aura connu une telle activité dans le champ dont il a la responsabilité !

L’évolution de ces interventions a sensiblement changé la nature de ce que le législateur attend des médias audiovisuels. Il a effet été considéré que ces médias avaient, à l’égard de la société, des responsabilités croissantes ; ainsi leur a-t-on imposé, au fil des ans, des obligations multiples que l’on pourrait qualifier d’obligations de nature sociétale sans fin, à savoir :

- représenter la diversité de la société française ;
- mieux protéger la langue française ;
- lutter contre toutes les formes de discriminations ;
- assurer une bonne « alimentation » des Français ;
- et aujourd’hui se préoccuper de l’environnement.

Autant de sujets et de causes légitimes qui, de fait, ont donné à la régulation une dimension différente et amené le régulateur à utiliser des voies nouvelles qui relèvent davantage du droit souple ; avec la multiplication des chartes et/ou des engagements volontaires que les acteurs eux-mêmes, sous l’égide du régulateur,

---

258 Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (loi dite « Léotard »).



sont amenés à conclure pour atteindre le « but monumental » fixé par le législateur, à savoir les ambitions que j'évoquais. Les acteurs sont amenés à déployer par eux-mêmes des actions pour se conformer aux objectifs du législateur ; actions qui se rapprochent des règles de la compliance.

De la même façon, la densité de la jurisprudence que nous avons depuis quarante ans, et les règles que cette jurisprudence a engendrées nous permettent d'interpréter la loi que nous mettons en œuvre, conduisant les acteurs à déployer dans leurs actions des outils qui relèvent assez largement de la compliance.

Dans le secteur de l'audiovisuel, le principe de la maîtrise de l'antenne est un principe classique, qui s'applique notamment dans les procédures de sanctions que l'on met en œuvre. Dans ce contexte, l'éditeur doit en toutes circonstances assurer la maîtrise de son antenne. Pour ce faire, il déploie – pas suffisamment à l'évidence, puisque le régulateur est amené à intervenir – un certain nombre d'outils dans la composition des plateaux, dans la façon dont les journalistes animent et assurent la police du plateau, ou dans le rôle que tiennent les régies avec le phénomène de l'oreillette qui permet de donner des instructions au présentateur ou au journaliste. Il faut en effet assurer la maîtrise de l'antenne dans toutes les procédures que les rédactions mettent en place pour assurer la validation des informations diffusées. Ces procédures internes ont pour but de se conformer aux objectifs que le législateur a pu fixer. Dès lors, l'on voit bien comment les deux approches, celle interne aux entreprises et celle du régulateur, se croisent.

Le temps passant et la révolution numérique étendant son office, on en arrive aux tentatives actuelles de régulation des grands acteurs du numérique. Et là, ce croisement des deux approches va en s'accéléralant. Sans doute s'agit-il d'un phénomène inévitable, car le monde audiovisuel est un monde fini, même s'il s'est considérablement élargi. Auparavant, les chaînes soumises à la régulation, ou les antennes de radios, étaient certes nombreuses, mais l'on avait encore la capacité matérielle d'en vérifier tous les contenus qui nous étaient signalés, afin de les analyser juridiquement à la lumière de la loi que nous mettons en œuvre et des conventions qui lient les éditeurs au régulateur, toujours à la lumière des principes dégagés par la jurisprudence.

En revanche, lorsqu'il s'agit des réseaux sociaux sur Internet qui brassent des millions d'informations chaque seconde, vouloir rentrer dans un contrôle de contenu individuel sur Facebook, X (Twitter), TikTok, etc. est un exercice totalement illusoire et vain. D'ailleurs, aucun régulateur, même le plus puissant, sauf à appliquer des méthodes stato-centrées, ne peut y arriver. Et quand on analyse le règlement sur les services numériques adopté par l'Union européenne, qui s'organise progressivement à partir de 2023 et 2024, c'est bien l'approche qui a été retenue. Il s'agit d'une approche de nature systémique permettant de se fixer un « but monumental », à savoir demander à ces acteurs une obligation de résultat, de déployer les ressources nécessaires pour éliminer autant que faire se peut les contenus illicites, et d'imposer des obligations de moyens pour atteindre cet objectif.



Le règlement prévoit aussi une procédure d'évaluation par chacun de ces acteurs des risques systémiques auxquels leurs plateformes sont exposées au regard du but que l'on vise :

- lutter contre la haine en ligne ;
- lutter contre la désinformation ;
- lutter contre les contenus illicites ;
- obliger les plateformes à se soumettre, chaque année, à des audits externes à l'instar de ceux réalisés par un commissaire aux comptes qui intervient pour contrôler la comptabilité d'une entreprise ;
- donner un regard à la société civile via des signaleurs de confiance validés dans le processus de gouvernance du règlement qui participe de sa bonne régulation ;
- permettre l'accès des chercheurs, ce qui est un élément très important de ce règlement<sup>259</sup> ;
- obliger les plateformes à permettre aux chercheurs l'accès à leurs données pour mener leurs travaux académiques et pouvoir contrôler leur fonctionnement, notamment sur la manière dont leurs algorithmes fonctionnent ; et
- mettre en place un schéma de régulation au niveau du continent avec la Commission européenne pour les dix-neuf très grandes plateformes qu'elle a identifiées, en articulation avec une autorité désignée dans chaque pays, ce que le règlement appelle les « *Digital Service Coordinators* » (DSC)<sup>260</sup>, l'ARCOM ayant vocation pour la France à être désignée comme l'autorité de coordination nationale, l'ensemble commission-DSC formant un conseil, un « *board* », pour assurer la bonne gouvernance de ce règlement.

Ce cadre intègre pleinement l'action du juge, qui reste présent pour juger la responsabilité pénale des auteurs de contenus qui seraient en infraction avec la loi européenne ou la loi nationale.

Le mécanisme mis en place apparaît clairement. Certes, il emprunte le chemin de la régulation, et le régulateur sera là avec un pouvoir de sanction important : par exemple, la possibilité de prononcer une amende représentant 6 % du chiffre d'affaires mondial. C'est fort dissuasif et de nature à faire bouger les lignes, mais, fondamentalement, le dispositif repose sur des procédures et objectifs qu'il sera demandé aux plateformes, à partir de la fin du mois d'août 2023, de respecter pour atteindre les objectifs fixés par le texte européen.

C'est une approche qui est sensiblement différente de la régulation audiovisuelle : une approche par les risques, par l'évaluation des risques, par les réponses que l'on met en place.

Cette approche est systémique et itérative. Ses mécanismes à la fois de signalement et d'audits externes périodiques conduisant les acteurs – c'est l'ambition du texte –

---

259 Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), article 40.

260 Coordinateur de service numérique.



à adapter régulièrement leurs outils pour mieux maîtriser les excès que l'on peut y constater aujourd'hui.

Nous nous retrouvons donc dans un schéma qui, pour une institution comme l'ARCOM, continue à réguler les médias traditionnels sur les bases évoquées en ouverture de mon propos et, depuis 2018<sup>261</sup>, à travers la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, et la mise en œuvre du DSA qui supervise les plateformes en ligne. Au final, la régulation a très sensiblement changé de forme sur la longue période.

Telle est l'idée que je souhaitais évoquer : celle d'un dialogue, d'une forme de convergence entre, d'un côté, la régulation, même si chacun garde ses responsabilités propres et, de l'autre côté, les règles de la compliance qui deviennent un élément central de la bonne régulation d'un secteur.

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. le président. Je donne la parole à Paul Nihoul qui, à travers quelques exemples, va évoquer les questions d'efficacité, de crédibilité et de mise en œuvre de la démarche de compliance.

---

**Paul Nihoul**

*Juge au tribunal de l'Union européenne,*  
*professeur à l'université catholique de Louvain*

Je remercie Mme la présidente de Boisdeffre, le président Raynaud, Mme la professeure Frison-Roche et le président Chantepy de me donner l'occasion de m'adresser à vous, et de vous présenter une perspective qui sera peut-être un peu en contre-plan par rapport à ce qui a été évoqué précédemment.

Je vais prendre deux exemples pour illustrer mon propos, le premier étant la concurrence. Deux exemples pour essayer de montrer comment la compliance se manifeste en droit de l'Union européenne.

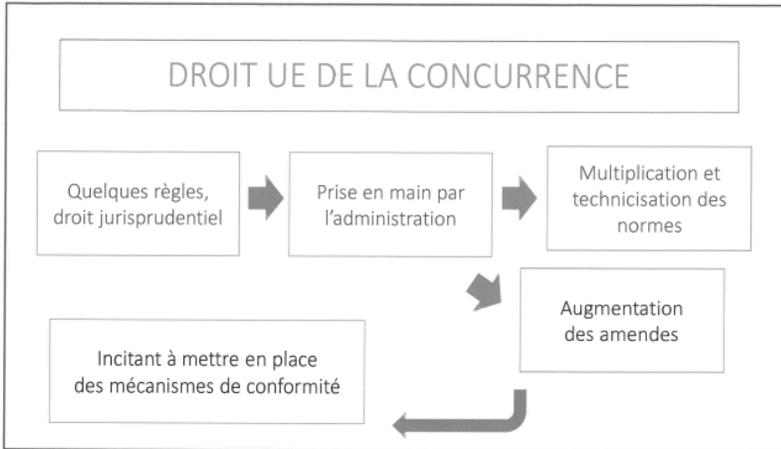
Sur ce point, en droit de l'Union européenne, nous avons seulement quelques lignes, voire même quelques mots dans les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Il y a de nombreux exemples, mais le principe tient en quelques mots avec beaucoup de décisions de jurisprudence et puis, progressivement, une « administrativisation » de la matière avec la Commission européenne, cette dernière prenant un rôle majeur dans l'élaboration de nouvelles règles appliquant ces principes, des règles dans toutes les matières : des accords verticaux, des accords horizontaux et les concentrations avec l'introduction de l'approche économique, avec également la théorie du dommage (en anglais, « *theory of harm* »), que l'on commence à voir également dans l'article 101 et dans l'article 102 du TFUE, un foisonnement de nouvelles règles appliquant les quelques

---

261 Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

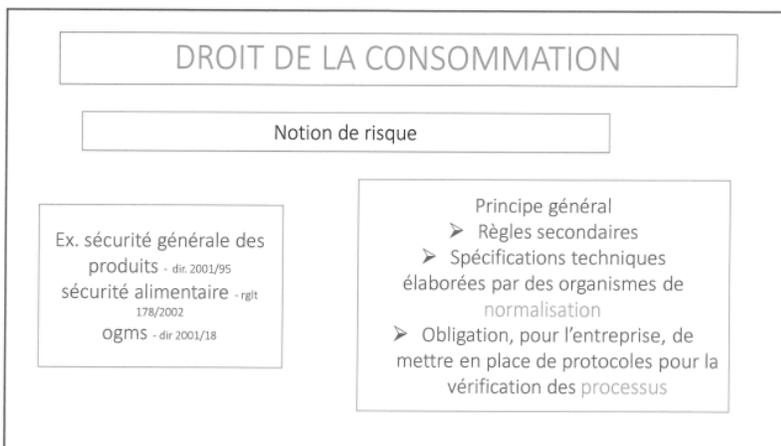


principes qui existaient auparavant et une forte augmentation des amendes qui peuvent atteindre 10 % du chiffre d'affaires annuel du groupe, auxquelles il faut ajouter le cas échéant les dommages et intérêts devant le juge national. Tout cela fait que les entreprises doivent mettre en place des mécanismes destinés à s'assurer que le droit de la concurrence est bien respecté.



Second exemple : le droit de la consommation. Celui-ci est un peu différent et nous concerne davantage. Dans ce contexte, c'est la notion de risque qui est essentielle et qui est plus explicite : par exemple, si je mange quelque chose au restaurant, suis-je assuré de ne pas tomber malade ? Vais-je trouver des OGM dans la nourriture que j'achète au supermarché ? L'achat de jouets pour mes enfants répond-t-il à une garantie de sécurité ?

Dans ce domaine, la législation se décline en un principe général qui donne lieu à des règles secondaires, de plus en plus secondaires, jusqu'à aboutir à des spécifications techniques par des organismes de normalisation. Dans ce cadre-là, les entreprises doivent mettre en place des contrôles, non plus tellement de produits, parce qu'elles ne peuvent pas tout contrôler, mais plutôt de *processus*.



Nous avons vu précédemment que le droit de la compliance a pour but d'essayer d'éviter les crises.

De manière plus générale, si l'on veut tenter une forme de théorie, l'on pourrait dire qu'il s'agit de gérer la crise, d'une part, pour l'État, autorité qui a pour mission ou fonction d'assurer notre sécurité et, d'autre part, pour les entreprises, qui doivent assurer des gains aux actionnaires. Il va de soi que si l'entreprise a des problèmes, notamment dans le domaine financier, sa valeur boursière baissera, les actionnaires perdront leurs mises de fonds et elle ne pourra plus attirer de nouveaux investissements.

Qui doit s'en (pré)occuper ? Les acteurs publics ou semi-publics. Dans ce contexte, notons qu'il existe à l'intérieur même des entreprises des *compliance officers* responsables de la conformité qui sont différents des acteurs du service juridique parce que leur tâche est plus systématique : ils doivent vérifier dans l'ensemble de l'entreprise si toutes les règles applicables sont bien respectées ; et cela se fait également sous une forme pédagogique d'internalisation. C'est un point très important.

Il ne s'agit plus du droit que nous connaissons, de type règles/sanctions, mais il s'agit d'éduquer les collaborateurs par des mécanismes d'apprentissage pour qu'ils internalisent la norme. Ainsi, dans les faits, il y a une forme de combinaison entre les techniques du droit, de la règle, et du management pour assurer que toute l'organisation aille dans un sens compatible avec les règles applicables.

## PHENOMENE

- Gérer les crises
  - Mettre en place les mécanismes assurant que les crises soient anticipées et, quand elles se produisent, gérées au mieux
- Trois questions
  - Pour qui : au bénéfice des populations
    - Consommateurs, actionnaires ...
  - Par qui : conjonction d'acteurs publics, semi-publics, privés
    - Agences, compliance officer
  - Comment : pédagogique et systématique
    - Intériorisation des règles, tous processus internes

5

Qu'en dit le juge ? Le droit de la compliance existe expressément dans la jurisprudence, puisqu'en matière de concurrence le juge a été amené à prendre position sur l'existence de ces programmes. En effet, les entreprises, interpellées par la Commission sur l'existence éventuelle d'infraction, répondaient : « Certes, mon organisation a commis des infractions ; toutefois, j'avais mis en place au sein de mes services un programme de compliance ; ainsi, les infractions éventuelles ne peuvent pas être mis à la charge de l'organisation ; donc, s'il vous plait, accordez-moi une réduction de l'amende puisque j'ai bien fait mon travail ».



Soyons attentifs : dans ce *processus* on assiste à une modification des rôles. L'entreprise précise qu'elle a, en son sein, un programme qui fonctionne, d'une certaine façon, comme une autorité. Elle s'assimile, ou prétend s'assimiler, sur ce point, à l'autorité, et demande à celle-ci d'en tirer les conséquences sur le plan de la sanction en faisant preuve d'une sorte de clémence.

## LE JUGE EUROPEEN

en droit de la concurrence

- **Entreprise :**
  - "J'ai mis en place une compliance, pouvez-vous réduire l'amende svp?"
- **Juge :**
  - "C'est bien que vous l'avez fait"
  - "Toutefois cela ne garantit pas une réduction
    - Vous l'avez fait dans votre intérêt
    - Vous restez un acteur privé soumis aux obligations
    - Si vous avez violé une obligation, une sanction est à l'ordre du jour".

6

À ce stade, le juge de l'Union européenne a veillé à « rendre à César ce qui revient à César » en soulignant la différence qui persiste entre les rôles de chacun. C'est ainsi que, confronté aux arguments indiqués ci-dessus, il a répondu : « Vous avez mis ce programme en place parce que c'était votre intérêt, mais scindons bien les rôles : ce n'est pas parce que vous avez ce programme que vous aurez automatiquement une réduction d'amende ».

### Extraits de jurisprudence

... il est ... dans le propre intérêt d'une entreprise d'introduire de telles mesures, dans un effort de prévenir de futures infractions ... et d'éviter, ainsi, les sanctions que ces infractions justifieraient

... la simple adoption, par une entreprise, d'un programme de mise en conformité ... ne saurait constituer une garantie valable et certaine du respect futur et durable par celle-ci desdites règles

un tel programme ne saurait contraindre la Commission à une diminution de l'amende au motif que l'objectif de prévention que cette dernière poursuit serait déjà au moins partiellement atteint

La requérante n'a ... invoqué aucun élément concret qui démontrerait que l'effet dissuasif spécifique exigé pouvait être atteint avec un montant d'amende moins élevé, dans le cas d'entreprises ayant introduit des mesures de mise en conformité

il ne saurait être exigé, ni de la Commission, ni du Tribunal lorsqu'il exerce sa compétence de pleine juridiction en matière d'amendes, de récompenser automatiquement et systématiquement, par une réduction du montant de l'amende, l'introduction des mesures en question

Donau Chemie, T-406/09, pts. 162-171



## REFERENCES

### Programme inefficace? Justifie d'autant moins sa prise en compte

- v. surtout Schindler, C-501/11 P, pts. 140, 144 : absence de prise en compte du programme de conformité, car il n'a pas en l'espèce d'effet positif mais a rendu plus difficile la détection des infractions

### Possible circonstance atténuante, mais pas de réduction d'amende systématique à ce titre

Cour : Dansk, C-189/02 P, pt. 373

#### Tribunal :

- Hercules, T-7/89, pt. 357 ; ICI, T-13/89, pt. 395, même si réduction accordée à ce titre dans pratique décisionnelle antérieure
- Sigma Technologies, T-28/99, pt. 127 ; LR AF, T-23/99, pt. 345 ; BASF (Vitamines) , T-15/02, pts. 266-267 ; Nintendo, T-13/03, pts. 74, 211 ; BASF, T-101/05, pt. 52 ; Hansa Metallwerke, T-375/10, pt. 196
- Nichicon, T-342/18, pts. 540, 549-551

### Responsabilité parentale – non prise en compte du programme de conformité

- Evonik Degussa, T-391/09, pt. 73

À présent, je vous invite à une réflexion sur la question des limites, des frontières qu'il faut, le cas échéant, imposer à la compliance.

## INVITATION A LA REFLEXION

### Acteurs privés responsabilisés

- Internalisation des contraintes

### Coopération entre le public et le privé

- Meilleure mise en oeuvre de la réglementation
- Retour plus efficace vers les autorités

9

## MAIS

- mise en place d'un appareil
- qui pourrait se révéler délicat
- si un glissement politique devait intervenir un jour

### > Estompement des frontières?

- Mise au service, par les entreprises, de leur puissance, au bénéfice de l'autorité : compliance officer comme agent de l'Etat au sein des acteurs ?

### > Rôle du juge ?

- Professionnel du droit, il doit clarifier les règles et les enjeux
- Servant l'Etat de droit, il doit assurer le respect des droits fondamentaux
  - liberté de pensée, liberté d'expression, etc.

10

La compliance repose sur une coopération des entreprises avec l'autorité. Cela est important, car cette coopération assure une responsabilisation des acteurs économiques. Nous sommes tous responsables du bien commun. Toutefois, nous devons rester attentifs à éviter un estompement des rôles. La compliance résulte du fait que l'État n'est pas en mesure de gérer par lui-même tous les risques. Il met en place, au sein des entreprises et à leurs frais, des espèces d'agences déléguées qui, à l'intérieur de ces entreprises, vont utiliser toutes les ressources à leur disposition pour assurer le respect de la règle. C'est ce que l'on nomme l'« internalisation ».

Comme cela a été précisé, il ne s'agit plus tellement de règles, mais de *processus* qui doivent être internalisés : cela devient des formes de valeur et d'éthique. Tout le monde dans l'entreprise ou l'organisation est censé penser de la même manière et être orienté vers le même objectif. Est-ce un problème ? En soi, il me semble que non. Mais, dans toutes nos organisations, il faut rester attentif à la nécessaire existence d'une forme de liberté. Dans notre démocratie, cette liberté est notre trésor.

Ainsi, dans les entreprises, il faut éviter l'émergence d'absolutismes « locaux ». Nous savons que les banques sont soumises à d'exigeantes contraintes provenant de réglementation en tous genres. Pour rendre possible la gestion de ces contraintes, elles ont mis en place des mécanismes de compliance. Imaginons donc ceci. Une personne vient ouvrir un compte. Elle ne présente pas un profil de femme ou d'homme blanc, d'un certain âge, bien habillé. Supposons que la personne en charge de la compliance soit animée de préjugés sociaux ou raciaux. Elle refuse l'ouverture du compte. Que va-t-il se passer ?

Il faut aussi éviter l'émergence d'absolutismes « centraux ». Nous sommes dans un contexte où l'acquisition du pouvoir par des extrêmes n'est pas impossible, même dans nos démocraties occidentales. Que se passerait-il, si ces extrêmes se mettaient en mesure d'utiliser l'appareil de contrôle étatique et les réseaux de compliance mis en place au sein des acteurs économiques pour aligner la société entière vers un but unique – celui fixé par eux ?

Ici, je parle comme juge, c'est-à-dire comme quelqu'un qui, dans les traditions française et européenne, protège les libertés et fournit un contre-pouvoir. Rappelez-vous le « droit d'enregistrement » – droit des juges, au temps de Louis XIII et de Louis XIV, d'inscrire les décisions dans un registre des décisions royales. Progressivement, ce droit a donné lieu au « droit de remontrance », c'est-à-dire au droit, pour les juges, de dire au Roi : « Oui mais ». Le juge est le juge des libertés, celui qui, en tout temps, doit veiller à ce que la société puisse respirer. Il est important que le juge assure cette respiration.

De fait, le droit est créé par le législateur, l'exécutif et les juges. Par ces trois branches, le droit est créé dans des contextes distincts. Dans le premier cas, c'est lors d'un débat parlementaire. Dans le second, c'est lors de la mise en œuvre d'une norme plus générale. Dans le troisième cas, c'est lors d'un litige, dans le cadre d'un débat qui est fondé sur la rationalité des normes existantes, indépendamment des rapports de force politiques.



Le pouvoir normatif du juge existe, comme le précisait le professeur Rapp. Pour assurer la respiration de la société, le juge doit assumer ce pouvoir et intervenir, dans le contexte de la compliance, pour établir des principes clairs qui s'imposeront à ceux qui ont pour mission de mettre en œuvre cette compliance au sein des entreprises.

Ainsi, par exemple, lorsque les entreprises multinationales créent en interne des normes et des mécanismes de justice pour régler les litiges pouvant survenir au sein du personnel, mais aussi avec les clients, le juge doit pouvoir intervenir dans ces mécanismes pour assurer que les principes conformes à notre État de droit s'y trouvent appliqués, quelle que soit la taille de l'entreprise.

À l'intérieur de ces entités, où chacun va devoir internaliser la norme, en faire sa valeur, et penser de la même manière, il est important que le juge puisse intervenir pour permettre à cette organisation de respirer.

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci beaucoup pour cet exposé lumineux. Je donne la parole à Jean-François Bohnert qui va nous parler d'une frontière un peu extrême pour le citoyen de base que l'on appelle la justice pénale négociée et les conventions judiciaires d'intérêt public.

---

**Jean-François Bohnert**

*Procureur de la République financier au tribunal judiciaire de Paris*

Merci M. le président. C'est à la fois un plaisir et un honneur de participer à ce colloque, co-organisé par le Conseil d'État et par la Cour de cassation, pour évoquer ce qui se fait, aujourd'hui, dans le domaine pénal, domaine classiquement régalién, constitué de codes mûris au fil des siècles qui pourtant sont en train de bouger.

À titre personnel, il me souvient d'avoir découvert le concept de compliance à travers la littérature juridique anglo-saxonne pour arriver très vite sur celui de la lutte anticorruption, tant le sujet est important pour les entreprises et les personnes morales. Cela constituera le fil directeur de mon intervention : être en conformité par rapport aux standards, aux règles et aux normes de la lutte anticorruption.

C'est effectivement sous l'angle de la lutte anticorruption que la compliance, la conformité, s'est doucement introduite sur le terrain du droit pénal, terrain qui ne lui était pas particulièrement connu jusqu'alors.

Certes, dans l'ancien code pénal nous avons, depuis 1810, l'article 177 qui incriminait la corruption. Pour autant, l'on a observé le déroulement d'un mécanisme récent particulièrement nocif aux entreprises françaises, à savoir que les standards anglo-saxons – et il a été question durant la première table ronde de la norme américaine FCPA *Foreign Corruption Practices Act* de 1977, l'homologue



du *Brabery Act* des Anglais en 2010 – sont venus poser des exigences qui ont donné lieu à des applications particulièrement frénétiques à l'égard d'entreprises françaises qui se sont vues condamnées à de lourdes peines d'amende sur le territoire des États-Unis. Cela a beaucoup ému en France et a fait réagir, mais il nous appartenait alors de nous ressaisir pour être, nous aussi, en France, en capacité de lutter contre la corruption.

Il en a été question lors de la première table ronde. Notons que nous disposons ici d'une application tout à fait pertinente, dans le domaine du droit pénal, avec la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016<sup>262</sup>, promulguée intentionnellement le 9 décembre, jour international de la lutte contre la corruption.

Actuellement, nous avons à travers cette loi deux dispositifs majeurs qui nous intéressent sur le terrain pénal : d'un côté, *l'ex ante*, le terrain préventif où nous retrouvons le rôle majeur de l'Agence française anticorruption (AFA) et, de l'autre côté, *l'ex post*, à travers l'intervention de l'outil répressif à la disposition des parquets, à savoir la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

### ***Le rôle de l'Agence française anticorruption (AFA)***

L'AFA a un rôle à la fois préventif et répressif. Sur l'aspect préventif, le rôle de l'AFA est connu. Elle doit faire en sorte que les entreprises qui relèvent de son contrôle, essentiellement les grandes personnes morales de droit privé et les collectivités publiques, agissent de façon conforme au standard de la lutte anticorruption. C'est ainsi que l'AFA a ce rôle absolument essentiel de pouvoir contrôler des entreprises, pas n'importe lesquelles puisque la loi de 2016 en ses articles 3 et 17 prévoit précisément que ces sociétés sont des entreprises majeures situées sur le sol français, notamment lorsqu'elles ont au moins 500 salariés et que leur chiffre d'affaires est d'au moins 100 millions d'euros.

Dans son travail préventif, l'AFA va vérifier que les entreprises présentent des garanties, qui sont aujourd'hui fixées autour de sept piliers qui représentent véritablement les normes en la matière :

- l'existence d'un code de conduite définissant et illustrant les comportements à proscrire ;
- un dispositif d'alerte effectif ;
- une cartographie des risques pour savoir à qui l'on a affaire à la fois avec son client et ses fournisseurs (en anglais, « *know your customers* ») ;
- l'existence de procédures d'évaluation des situations à risque concernant précisément les clients et les fournisseurs ;
- l'existence de contrôles comptables au niveau du fonctionnement financier ;
- un dispositif de formation destiné aux cadres et au personnel de l'entreprise ; et
- un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés en cas de non-respect des standards anticorruption.

---

<sup>262</sup> 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.



Ce rôle préventif est pris très au sérieux par l'AFA qui, chaque année, contrôle des dizaines d'entreprises en les signalant au parquet national financier (PNF), ne serait-ce que pour vérifier qu'il n'existe pas de liens avec les enquêtes en cours au sein du PNF.

Sur l'aspect répressif, l'AFA intervient à l'égard de l'ensemble des entreprises dans la continuité d'une convention judiciaire d'intérêt public. C'est un volet que j'appellerai « d'agent de probation ». Ce rôle de l'AFA, je l'illustrerai par le témoignage du rôle du parquet national financier et, plus exactement, de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Il ne s'agit pas de faire un raccourci en disant que la CJIP est l'apanage du PNF. Il se trouve tout simplement que sur les trente-neuf CJIP validées, le PNF est l'auteur de dix-sept d'entre elles, et la dix-huitième est en gestation pour les prochains jours. Sur ces dix-sept conventions judiciaires, dix d'entre elles se situent sur le terrain de la lutte anticorruption, car elles portent sur des faits de corruption d'agents publics, français ou étrangers, et le trafic d'influence ; les sept autres conventions sont liées à la lutte contre la fraude fiscale, donc un peu hors champ de mon propos de ce jour.

Ces conventions judiciaires relèvent d'une matière, d'un concept, qui revient à repousser les frontières, c'est le sujet de notre table ronde. Cette frontière que nous repoussons est l'incursion du judiciaire dans le domaine de la justice négociée. Les opposants, les critiques de cette justice négociée, sont encore nombreux. Si, pour l'heure, ces derniers ne sont pas encore tous convaincus, loin s'en faut, un mouvement de fond semble toutefois se dessiner qui consiste à se placer sur un terrain totalement différent. Ce mouvement, d'inspiration anglo-saxonne il est vrai, revient à sanctionner une entreprise qui aurait fauté sur le terrain de la lutte anticorruption sans cet effet massif qu'est la condamnation pénale, avec inscription au casier judiciaire de la personne morale et interdiction d'accès aux marchés financiers internationaux. Là, nous sommes plus sur un dispositif de sanctions qui est prévu par le code de procédure pénale, mais qui n'a ni la forme, ni les effets d'une condamnation pénale. C'est précisément ce que les personnalités morales recherchent en frappant à notre porte, comme cela se fait déjà aux États-Unis.

Ce mécanisme nous a conduits à nous rapprocher des personnes morales et de leurs conseils, nous permettant d'avoir, avec les avocats, un dialogue totalement différent de celui que nous avons dans le mode classique d'affrontement à l'audience. Dans ce contexte, des stratégies nouvelles se sont dessinées, avec notamment la mise en œuvre de droit souple, puisque le parquet national financier, qui a un rôle moteur dans le développement de la CJIP, a souhaité y contribuer davantage encore par la diffusion de lignes directrices destinées à offrir une lisibilité et une prévisibilité suffisantes sur la manière dont il convient d'aborder dorénavant la justice dite « négociée » ou « transactionnelle ».

Parmi les CJIP, il y en a une qui continue à avoir des effets que l'on n'escomptait peut-être pas au début : la CJIP Airbus. Airbus, avionneur européen à dimension mondiale, a connu, en 2016, un changement de gouvernance très important, en rupture avec une période antérieure marquée par des phénomènes de corruption à l'échelle mondiale, visant alors à décrocher plus facilement des contrats de



vente, non seulement d'avions, mais également de divers matériels aéronautiques. Cet exercice a conduit la société à se retrouver en butte aux différentes lois anticorruption, non seulement françaises, mais également américaines ; et le fait de pouvoir enclencher à l'égard de cette société un mécanisme de justice négociée a permis à l'entreprise de tourner la page, sur le terrain même du droit pénal et des infractions qui lui étaient reprochées, à travers une triple CJIP, en tous cas un triple accord : une CJIP française et deux accords de poursuite différée (« *Differred Proccession Agreement* » ou DPA), l'un aux États-Unis et l'autre au Royaume-Uni. Les trois instruments ont été validés le même jour à Washington, à Londres et à Paris, le 31 janvier 2020, à la suite d'une triple enquête coordonnée depuis la France par le parquet national financier.

Cette triple action contre la société a connu un prolongement très important puisque, dans le cadre de la sanction imposée, à savoir une amende totale de 3,6 milliards d'euros, a été ajouté un programme de mise en conformité. C'est là que l'on retrouve la compliance ; sauf qu'il nous est très vite apparu que cela pouvait être une tentation pour nos partenaires étrangers d'aller puiser, sous couvert de vérification du programme de compliance d'Airbus, des informations susceptibles de porter atteinte à la souveraineté économique de la France dans le cadre du bon fonctionnement de cette entreprise.

Pour parer à cette possible dérive, qui au final ne s'est pas avérée mais aurait pu se produire, j'ai imposé, en tant que chef du parquet national financier, à nos homologues Américains et Anglais, que le suivi du programme de remise en conformité (en anglais, « *monitoring* ») soit confié et mis en œuvre par une autorité unique et française : l'Agence française anticorruption (AFA). Nos partenaires étrangers l'ont accepté sous la contrepartie de la communication régulière des résultats annuels de ce programme de remise en conformité et du partage des rapports établis par l'AFA.

Cette illustration montre, aussi, le recul d'une frontière purement géographique, puisqu'à l'occasion de l'utilisation de la CJIP française et du programme de remise en conformité confié à l'AFA, les autorités américaines regardent aujourd'hui la France d'un œil nouveau.

Par ailleurs, nous avons tous en mémoire les affaires Société générale, Alstom, BNP Paribas<sup>263</sup> qui ont débouché sur des condamnations très lourdes prononcées aux États-Unis. Aujourd'hui, le paradigme a changé. Lorsque le *Department of Justice* (DOJ), mon homologue à Washington, voit apparaître sur son écran radar une société française posant des difficultés sur le terrain de la lutte anticorruption, plutôt que d'engager des poursuites ou une enquête, il décroche son téléphone ou envoie un courriel pour nous prévenir et nous demander si nous sommes prêts à recevoir les éléments qu'ils peuvent nous communiquer pour que nous soyons en mesure de nous intéresser à cette situation. Voilà comment fonctionne, aujourd'hui, le rapport franco-anglo-américain, dans un régime bien différent de celui du passé. Là encore, une frontière a été repoussée.

263 Ces banques sont soupçonnées par le parquet national financier d'avoir permis à leurs clients étrangers d'échapper à l'impôt sur les dividendes grâce à la pratique du « CumCum », un scandale révélé par le quotidien *Le Monde* en 2018.



Je vous propose deux dernières illustrations de ce mouvement des frontières.

C'est à l'occasion de l'application de ces règles que nous voyons l'illustration d'un élément nouveau de droit pénal : sa dimension extraterritoriale. Auparavant, classiquement, l'infraction devait être commise sur le sol français et éventuellement concerner une victime française ; autrement dit, représenter une matérialisation nationale très forte. Aujourd'hui, la loi nous permet d'aller rechercher des responsabilités pénales à l'étranger et ce dans toutes leurs dimensions, nationale et internationale. C'est précisément le cas de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, sur le modèle de la loi américaine intitulée *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) depuis 1977. Là encore, une frontière a été repoussée.

Un aspect de la question concerne, aussi, les instruments nouveaux que nous sommes amenés à appliquer dans notre dialogue avec les avocats. Il s'agit de savoir comment investiguer ce champ nouveau de la lutte anticorruption, s'agissant, par exemple, de la place réservée à l'enquête interne, instrument bien connu du droit anglo-saxon, mais plutôt méconnu dans notre système traditionnel français. D'ailleurs, il existe un positionnement que nous sommes en train d'évaluer les uns avec les autres, les magistrats ayant parfois avec un regard un peu trop classique, au motif que l'enquête interne est conduite par les avocats, si possible ceux de l'entreprise. Dès lors se pose la question de savoir quelle est la valeur, en objectivité, d'une telle enquête interne : peut-elle venir compléter ou remplacer une enquête d'ordre public, gérée et conduite par le parquet avec l'aide de services enquêteurs de police et de gendarmerie ?

C'est un point sur lequel nous réfléchissons. Le parquet a produit une analyse qui n'a bien sûr aucune vocation normative, mais nous essayons d'avancer ensemble dans cette réflexion par la pratique. Nous verrons jusqu'où nous arriverons ensemble à repousser, peut-être, une nouvelle frontière.

Enfin, la dernière illustration concerne une question que je me pose. J'observe des situations dans lesquelles des entreprises viennent nous parler d'*infractions de corruption* qui auraient été détectées par l'entreprise elle-même, et non pas par des lanceurs d'alertes ou des ONG, et qui ont conduit à un renvoi immédiat de l'agent indélicat, quand bien même ladite corruption n'aurait pas donné lieu, par exemple, au paiement d'argent. Tout cela, au prétexte que le pacte de corruption serait néanmoins établi. Dans ce cas, si l'entreprise vient spontanément me voir, nous sommes dans une configuration extrême pour laquelle le droit américain a une réponse qui est la « déclinaison » (en anglais, « *declination* »), sauf que ce concept n'existe pas en droit français. C'est pourquoi nous avons, là aussi, entrepris une réflexion, et il est absolument passionnant d'explorer les limites de notre droit, *de lege lata*<sup>264</sup>, tout en utilisant les instruments dont nous disposons pour aller le plus loin possible dans l'application de la loi française.

## Conclusion

Les frontières du droit sont aujourd'hui mouvantes et révèlent une dynamique qui est en cours, totalement nouvelle pour un juriste, notamment pour un pénaliste ;

---

264 En application du droit actuellement en vigueur.



ce qui me fait penser à la formule du professeur Delmas-Marty qui disait que « *Le droit invite en permanence à réinventer de nouvelles modalités, de nouveaux instruments, de nouveaux modèles* ». Nous sommes en plein dans cette nouveauté. Au quotidien, je me dois de préciser que cela fait particulièrement plaisir aux magistrats du parquet d'être des acteurs de cette innovation, tout en respectant la loi et, bien sûr, la parole dernière qui est celle... du juge.

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci beaucoup Monsieur le procureur. Je donne la parole à Madame Toledano.

---

**Joëlle Toledano**

*Professeure émérite des universités, associée à la chaire Gouvernance et régulation de l'université Paris Dauphine-PSL, membre du Conseil national du numérique (CNNum) et de l'Académie des technologies*

Merci M. le président. Je remercie le Conseil d'État pour son invitation à participer à ce colloque. Je suis d'autant plus honorée d'avoir été invitée que j'ai l'impression d'être la seule économiste à intervenir à travers une discipline souvent remise en cause, parfois avec raison d'ailleurs ; mais c'est plutôt en tant que praticienne de la régulation économique et de l'économie du numérique que je me propose d'intervenir.

En fait, je souhaiterais vous faire part, le plus factuellement possible, de mes doutes quant à l'application effective d'une partie des deux très récents règlements européens sur le numérique : le *Digital Services Act* (DSA), et le *Digital Markets Act* (DMA).

Ces textes visent à encadrer le comportement des acteurs du numérique au sein de l'Union européenne. Votés en 2022, ils commencent progressivement à entrer en application. Leur but commun est d'empêcher, de cantonner et de limiter les pratiques préjudiciables observées ces vingt dernières années, tant en matière de contenu que de modèle économique chez les grands (et aussi les plus petits) acteurs du numérique.

Fondamentalement, on ne peut qu'être très satisfait par les objectifs affichés. Mais la question, que je souhaite soulever, est celle d'une mise en œuvre à la hauteur des ambitions – parfois malheureusement une faiblesse en Europe. Or c'est la dimension « compliance » (dans le sens d'exécution) qui, dans les modalités d'application de ces deux textes, me semble aujourd'hui fragile.

Il y a donc le règlement sur les services numériques (DSA), évoqué par le président Maistre. Je ne m'étendrai pas sur la nature des obligations qui portent sur les acteurs. Je reviendrai un peu plus sur une partie de leur contrôle.



Puis, il y a son « complémentaire », la facette économique du DSA : le règlement sur les marchés numériques (DMA). Le DMA doit encadrer le pouvoir de marché des plus grands acteurs définis à partir d'un certain nombre de critères quantitatifs et baptisés « contrôleur d'accès » (en anglais, « *Gatekeepers* ») pour désigner ces acteurs qui verrouillent les marchés et agissent comme des régulateurs publics.

L'objectif du DMA est d'augmenter la concurrence et de protéger les utilisateurs des plateformes, entreprises comme consommateurs, contre les pratiques déloyales (avec des objectifs de contestabilité et d'équité). Les « contrôleurs d'accès » devront respecter, pour chacune de leurs plateformes essentielles (par exemple : Google et son moteur de recherche, Google et Google map, YouTube, Android, etc.) une vingtaine de règles, interdictions ou obligations, toutes ne s'appliquant pas nécessairement. L'origine de cette liste provient de pratiques observées depuis le milieu des années 2000 et considérées comme préjudiciables (notamment par Google, Amazon, Apple, Facebook/Meta, etc., mais aussi Booking ou Expedia, par exemple), et que les autorités de la concurrence ou de la consommation n'ont le plus souvent pas (encore) réussi à condamner.

Dans ce contexte, il existe des règles à respecter comme, par exemple, l'interdiction de combiner les données en provenance de services différents ou d'imposer des clauses tarifaires contraignantes aux entreprises utilisatrices, l'interdiction de privilégier ses propres services, l'obligation d'interopérabilité ou de fourniture d'informations, l'obligation sur magasins d'applications et services annexes, etc.

La vérification du respect de ces interdictions et obligations passe par des mécanismes de... compliance. C'est aussi le cas des obligations des très grandes plateformes ou des très grands moteurs de recherche devant respecter le DSA.

Les acteurs ont très synthétiquement :

- des obligations de modération des contenus, avec à la fois des procédures de notification et de retrait des contenus ; et
- des obligations d'évaluation des risques systémiques, qui doivent conduire à la mise en place de mesures d'atténuation pour tous les types de risques identifiées *via* les systèmes d'information, les algorithmes, la modération, la publicité, les interfaces.

Les deux textes disposent de mécanismes similaires de compliance (dénommée « compliance fonction » dans version anglaise, avec des traductions différentes en français).

Ces mécanismes de mise en conformité sont présents dans les deux textes. Ils sont quasi identiques dans la forme. C'est l'article 28 du *Digital Markets Act* (« Fonction de vérification de la conformité ») et l'article 41 du *Digital Services Act* (« Fonction de contrôle de la conformité »). Tous deux sont adaptés à chaque contexte. Pour le DSA la compliance ne concerne que les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche régulés au premier rang par Bruxelles et le pays d'origine.



En première analyse, les mécanismes de responsabilité et de gouvernance, à l'intérieur des contrôleurs d'accès et des grandes plateformes, ressemblent à ceux – très encadrés – du secteur bancaire et sont définis avec un soin tout particulier.

Pour autant, l'analogie avec le secteur bancaire est trompeuse. Dans le secteur bancaire les règles à respecter sont précises, les normes détaillées, le régulateur est très présent et puissant, et la responsabilité des dirigeants engagée. De même, le contrôle par la CNIL, pour le Règlement général sur la protection des données (RGPD), s'appuie sur une large expertise, une histoire déjà longue, et des règles et des jurisprudences nombreuses. Le site de la CNIL donnait des indications précises dès l'application du RGPD en 2018.

Or qu'en est-il du côté du DMA ?

L'article 8 du DMA précise que « *Le contrôleur d'accès assure et démontre le respect des obligations prévues aux articles 5, 6 et 7 du présent règlement* ».

Où sont les règles d'application, les normes, pour préciser ces obligations qui doivent être mises en œuvre en mars 2024 ? Quels sont les référentiels ? Où trouver des dispositifs d'évaluation ? De fait, ils sont pour l'instant d'autant plus limités que les obligations prêtent encore largement à débat, que les connaissances sont insuffisantes, et que l'asymétrie d'information est gigantesque.

Il n'y a pas encore de doctrine qui serait, par exemple, portée par un régulateur.

En la matière, l'exemple type est la difficulté à mettre en œuvre efficacement l'interdiction de privilégier ses propres services : Les expériences plus ou moins concluantes sur la mise en application des remèdes dans les contentieux où la Commission a condamné Google (Google Shopping en 2017, et Android en 2018). Il faut noter que pour un régulateur « le diable est dans les détails ».

Une autre question, qui concerne aussi le DSA, est de savoir comment évaluer les classements d'un algorithme ? Auditer un algorithme ou vérifier la qualité des données soulève tout une série de questions techniques et juridiques. Ce sont des sujets complexes et évolutifs, où il n'y a pas encore de méthode sur étagère (dans ce domaine, on peut noter, par exemple, que l'INRIA dispose d'une équipe de recherche pour aider à trouver des méthodes et des solutions).

Consciente des difficultés dans le cadre de l'application du DMA, la Commission a organisé quatre ateliers sur l'auto-préférence dans les classements, en particulier algorithmiques, l'interopérabilité des messageries, les magasins d'application et l'accès aux données.

Ces ateliers ont mis en évidence à la fois la grande technicité de plusieurs sujets, l'absence de définitions claires sur des points importants, et la variété des choix à opérer y compris dans un débat récurrent entre les préoccupations plus ou moins justifiées des opérateurs en matière de sécurité (cybercriminalité, données personnelles, cryptage, etc.) et en matière d'innovation face à des objectifs de déverrouillage des marchés, de transparence et d'ouverture.



Enfin, la nécessité de mettre en place des *processus* de contrôle évolutifs avec le marché est apparue régulièrement.

Toutefois, il existe des solutions à certains de ces problèmes. Ainsi, la Commission pourrait faire appel (considérant 64) au BEREC, l'organe des régulateurs européens des communications électroniques<sup>265</sup>, pour l'aider à définir et à contrôler les solutions d'interopérabilité pertinentes. Mais, pour l'instant, rien n'est lancé, et un tel sujet nécessitera beaucoup de discussions et de travail pour trouver une issue intéressante.

En résumé, il existe pour le DMA un risque qu'une nouvelle forme d'autorégulation se mette en place, puisque la compliance sera validée à partir de modalités essentiellement proposées par les opérateurs. À tout le moins, un délai supplémentaire pourrait être laissé aux plateformes et aux contrôleurs d'accès avant qu'il puisse être démontré que les modalités d'application des obligations permettent d'obtenir des marchés qui ne seront plus contestables mais équitables – mot dont il faudra bien que les cours se saisissent pour définir des caractéristiques plus précises.

Et, n'en déplaise au président Maistre, c'est le même type de problème que pose la compliance dans le DSA.

Selon l'article 37 du DSA, la compliance des très grandes plateformes et des très grands moteurs de recherche doit être contrôlée par des auditeurs qui, je cite, sont « *indépendants* » et « *possèdent une expertise avérée dans le domaine de la gestion des risques, des compétences techniques et des capacités* » (article 37, point 3. b).

Ce sont ces auditeurs qui doivent contrôler les évaluations des risques des entreprises et les remèdes proposés. Or si l'audit des comptes financiers s'appuie sur des règles établies, tant pour l'audit d'ailleurs que pour les qualifications des auditeurs, *quid* des auditeurs et des règles des très grandes plateformes ?

J'ai déjà évoqué les difficultés à préciser les règles de transparence et d'explicabilité des algorithmes, avec leurs résultats biaisés et les risques de manipulation, qui sont autant de craintes qui justifient le contrôle des données et des algorithmes. Avant même l'apparition des Intelligences artificielles (IA) génératives, de type « Chat GPT », les critères pour des algorithmes, idéalement « éthiques et responsables », n'étaient pas claires. Et maintenant ? Les débats en cours sur la régulation de l'IA illustrent les difficultés à cantonner les risques.

Récemment, la Commission vient de lancer une consultation publique sur un acte délégué visant à « définir les règles nécessaires à la réalisation des audits, notamment en ce qui concerne les étapes de la procédure, les méthodologies d'audit et les modèles de rapport pour les audits réalisés ». Ce règlement délégué doit « fournir un cadre pour guider les fournisseurs de très grandes plateformes (VLOP) et de très grands moteurs de recherche (VLOSE) et les organismes d'audit

---

265 *Body of European Regulators of Electronic Communications* (BEREC).



dans la préparation et la publication des rapports d’audit et des rapports sur la mise en œuvre de l’audit ».

C’est évidemment important, mais ce n’est qu’un début. Et je pense qu’il serait très dangereux de permettre aux entreprises de combler le vide en les laissant définir les méthodes d’évaluation des risques et les règles de contrôle. Ce n’est pas faire injure aux futurs auditeurs que de dire qu’ils risquent fort d’être influencés, voire capturés, par les entreprises qui ont la connaissance et l’expérience !

Le récent rapport du Conseil d’État sur les réseaux sociaux<sup>266</sup> envisageait d’ailleurs la nécessité d’« évaluer à moyen terme l’opportunité de bénéficier d’une certification d’experts en algorithmes ». Il est nécessaire que cela puisse se faire.

Qu’il s’agisse du DMA ou du DSA, de nombreuses précisions doivent être apportées aux textes par la Commission, avec l’aide des États membres et des parties prenantes, pour pouvoir relever ensuite d’une compliance sur laquelle le juge pourrait s’appuyer. Il va lui falloir construire une doctrine d’application de ces textes et se doter de moyens techniques et humains à la mesure des problèmes, des obligations à mettre en œuvre et des risques. Ce travail sera plus long que les délais d’entrée en vigueur, et faire marche arrière sera compliqué. En outre, ces règles devront évoluer avec l’innovation et l’organisation des marchés. Autrement dit, il va d’abord falloir un régulateur numérique pour, ensuite, mettre en place de la compliance – or pour l’instant nous avons seulement un « réglementeur » qui va se transformer en plusieurs régulateurs mal dotés et aux pouvoirs fragmentaires.

## **Conclusion**

En tant que praticienne de la régulation, il me semble que les mécanismes de conformité ne doivent s’appliquer qu’à des mondes où les mauvaises pratiques sont bien identifiées et dont on connaît les ressorts. Il faudrait une présomption raisonnable que les mécanismes de conformité traduisent de fait de bonnes pratiques (avec la crainte des sanctions en guise d’« épée de Damoclès »). Malheureusement, ce n’est le cas ni pour le DMA, ni pour le DSA.

D’où ma crainte qu’une forme d’autorégulation « 2.0 » se mette en place, en limitant les impacts recherchés tout en semblant formellement respecter les obligations. Au cas d’espèce, il est donc à craindre que la Cour de justice de l’Union européenne risque fort d’avoir à intervenir sans les compétences, ni les moyens techniques nécessaires.

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d’État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci beaucoup Madame la professeure. Monsieur le Président souhaitez-vous réagir ?

---

<sup>266</sup> Conseil d’État, *Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, étude annuelle 2022, n° 73, éd. La documentation française, Paris, 2022.



Je ne suis pas en désaccord avec la professeure Toledano, je formulerai cependant trois observations.

D'abord, je crois que l'on peut s'honorer d'être sur un continent qui ouvre la voie à la régulation de ses acteurs. On a vu, depuis qu'ils sont apparus sur le marché, que l'autorégulation donnait tous les débordements que l'on a pu connaître : scandale du Cambridge Analytica<sup>267</sup> sur l'utilisation de nos données, attentat de Christchurch<sup>268</sup> retransmis pendant dix-sept minutes sur une plateforme avant que celle-ci daigne interrompre cette diffusion, etc. Aussi, avoir une tentative de niveau continental pour essayer de réguler ces acteurs honore le continent européen. Personnellement, je salue l'initiative de la Commission européenne qui, au cours de son mandat, aura marqué le paysage audiovisuel par la directive service médias-audiovisuel de 2018, DMA/DSA, et demain le règlement européen sur la liberté des médias (EMFA) en Europe.

Ensuite, ma deuxième remarque porte sur le fait que l'on est au début de l'histoire. Rappelons-nous que la simple régulation audiovisuelle en France aura demandé trois alternances politiques pour se stabiliser et pour que l'Autorité que je dirige trouve sa place. Il est donc bien normal que l'on se pose les questions que vous vous posez, car au fond toutes les autorités se les posent également.

Enfin, ma troisième observation est pour vous donner raison de souligner le défi que représentent ces textes, tant ils sont sophistiqués et complexes. Ce sont des textes qu'il faut digérer, et dont par ailleurs vous avez souligné la délicate traduction et surtout les questions qu'ils soulèvent. C'est un défi pour la Commission européenne qui va se retrouver en première ligne face aux dix-neuf très grandes plateformes visées par ces textes. Ainsi, au-delà des déclarations du commissaire Breton, l'heure de vérité va rapidement sonner pour savoir si telle ou telle société, par exemple la société X (Twitter) ou TikTok, est en conformité avec le DSA ? Ce jour-là, on ne sera plus dans un exercice « à blanc » : la norme s'appliquera, de sorte que la crédibilité de l'Union européenne sur son texte va être testée extrêmement vite. Le défi est là.

Je vois un second défi politico-démocratique au sujet de la réelle compréhension de ce texte dont on a tant parlé dans les médias. Je ne pense pas qu'il faille s'attendre, dès son entrée en vigueur, à ce que, par exemple, les messages d'injures reçus

---

267 Le scandale Facebook-Cambridge Analytica, ou la fuite de données Facebook-Cambridge Analytica, renvoie aux données personnelles de 87 millions d'utilisateurs Facebook que la société Cambridge Analytica (CA) a commencé à exploiter à partir du début de l'année 2014. Ces informations ont servi à influencer les intentions de vote en faveur d'hommes politiques qui ont retenu les services de CA et en particulier une plateforme logicielle dénommée « Ripon » créée par AggregatIQ. Même si la société Facebook s'est excusée, la valeur de ses titres boursiers a sensiblement décliné.

268 Les attentats de Christchurch sont une série d'attaques terroristes racistes commise le 15 mars 2019 contre deux mosquées de la ville de Christchurch, en Nouvelle-Zélande, qui ont fait 51 morts et 49 blessés.



sur les comptes X (Twitter) disparaissent du jour au lendemain ; car c'est une régulation de nature systémique et non pas une régulation des contenus, au sens où le prochain dérapage de telle ou telle personne pourra toujours être sanctionné par l'ARCOM si elle devait en décider ainsi.

C'est pourquoi il subsiste un risque réel de malentendu et une vraie difficulté d'application liée à la règle du principe du pays d'implantation. Les plateformes visées par la Commission européenne vont en effet relever principalement du pays d'implantation, et donc surtout de mon homologue irlandais pour un certain nombre d'entre elles. Ce dispositif obligera à mettre en place une fluidité de la circulation de l'information entre les différents régulateurs, et entre les régulateurs et la Commission. Le défi est d'importance, mais très stimulant.

Personnellement, je trouve formidable d'être sur un continent qui essaie d'ouvrir la voie en cette matière, car si cette régulation se met en place, elle aura un effet « jurisprudentiel » dans le monde entier. Ces plateformes, avec lesquelles nous dialoguons depuis cinq ans, sont en mouvement ; et c'est aussi cela que je souhaitais souligner.

Bien sûr, dans cet univers virtuel, l'on observe beaucoup d'excès condamnables sur la désinformation, la haine en ligne, ou les phénomènes de cyber harcèlement, mais les plateformes, qui sont soumises au choc des opinions publiques, à la volonté des États de reprendre le contrôle, à la concurrence des marchés, au risque réputationnel et au comportement des acteurs économiques sur les marchés publicitaires, ont su opérer beaucoup de changements ces dernières années. Dans le domaine du numérique, l'on n'est pas dans une situation statique, mais continuellement en mouvement. En France, l'installation de la régulation audiovisuelle a mis quarante ans pour trouver sa place. Celle-là va prendre aussi du temps, car elle est beaucoup plus complexe. Mais je reste confiant dans l'avenir.

---

**Christophe Chantepy**

*président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci à tous nos intervenants. Je donne la parole à la salle pour un échange de questions/réponses avec le public.





# Échanges avec la salle

---

---

## **Question du public**

*Grâce à l'évolution de la technologie, un accès direct à Internet par satellite va être créé. Dans ce contexte, que pourra faire l'Union européenne en cas de contenus informationnels qui ne lui conviendraient pas ?*

---

## **Roch-Olivier Maistre**

*Tout d'abord, il ne faut pas systématiquement voir le pire dans ces acteurs du numérique. Que serait en effet notre quotidien sans X (Twitter), Facebook ou Google ? Ces messageries sont tout de même des facteurs de progrès.*

*Ensuite, lorsque l'on observe ces excès de près, l'on s'aperçoit qu'ils ne représentent qu'une proportion infinitésimale de la masse des contenus véhiculés par les utilisateurs.*

*Bien sûr, ce sont des informations qui heurtent ou qui choquent, mais il ne s'agit pas de l'essentiel des contenus qui sont véhiculés quotidiennement. La question que vous posez fait incontestablement partie des défis qui sont devant nous pour la mise en œuvre de ce texte de l'Union européenne. D'ailleurs, on peut noter que le ministre délégué chargé du numérique a récemment évoqué l'hypothèse du bannissement de X (Twitter) au sein des pays de l'Union européenne. Reste à savoir comment opérer un tel bannissement dans l'univers Internet.*

---

## **Question du public**

*Nous trouvons tous des intérêts aux conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP). Mais quid de la responsabilité pénale des personnes physiques ? Trop souvent, les dirigeants ne sont pas inquiétés ou poursuivis.*

---

## **Jean-François Bohnert**

*La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales sur le terrain de la CJIP n'a pas vocation à éclipser les responsabilités individuelles des personnes physiques.*

*Il se trouve tout simplement que les temporalités ne sont pas les mêmes. Une CJIP peut aboutir au bout de plusieurs années comme, par exemple, avec Airbus où l'enquête a duré trois ans et demi, englobant à la fois l'enquête et la négociation. Les responsabilités pénales des personnes physiques de façon individuelle font l'objet de poursuites dans bon nombre de dossiers où une CJIP a été conclue. Nous avons des poursuites en cours contre des personnes*

*physiques, simplement cela prend plus de temps ; d'ailleurs, vous verrez prochainement dans plusieurs dossiers des responsabilités pénales individuelles qui donneront lieu à procès devant un tribunal correctionnel.*

---

**Christophe Chantepy**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci aux intervenants et au public. J'invite Mme Frison-Roche à venir à la tribune pour nous livrer sa conclusion générale sur ce colloque.



### **Marie-Anne Frison-Roche**

*Professeure d'université, directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Professeure d'université, agrégée des facultés de droit en droit privé et sciences criminelles, licenciée en philosophie, titulaire d'un DEA de droit privé et d'un DEA de procédure, Marie-Anne Frison-Roche a été successivement maître de conférences à l'université Panthéon Assas (1989-1991), professeure à l'université d'Angers (1991-1994), où elle a co-fondé le DESS de droit des affaires, et à l'université Paris-Dauphine PSL (1994-2001) où elle a été directrice de l'Institut de droit économique, fiscal et social, co-fondatrice et directrice du DESS de droit des affaires. Devenue professeure à Sciences Po (Paris), elle y a fondé et dirigé le master de droit économique (2002-2009), fondé et dirigé le *forum* de la régulation, fondé et dirigé la chaire Régulation (2002-2009). Elle est par ailleurs directrice de collections qu'elle a fondées aux éditions Dalloz depuis 1993, aux éditions LGDJ depuis 2000, et aux Presses universitaires de France - PUF (1993-2002). Elle a fondé et dirigé le *Journal of Regulation & Compliance* (JoRC) depuis 2009. Ayant fondé une maison d'édition, elle co-édite avec Dalloz la collection en langue française « Régulations & Compliance » et avec Bruylant la collection en langue anglaise « *Compliance & Regulations* ». Elle est membre du comité d'experts sur la lutte contre la désinformation en ligne au Conseil supérieur de l'audiovisuel (aujourd'hui Arcom) depuis 2019. En 2023, elle a fondé l'Ecole européenne de la Compliance et de la Régulation. Marie-Anne Frison-Roche a écrit de nombreux livres et articles, et dirigé une soixantaine d'ouvrages. Elle a organisé une cinquantaine de manifestations, dont une quinzaine de dimension internationale. Son terrain d'expertise est le droit de la régulation et de la compliance qu'elle promeut nationalement et internationalement. Parmi ses ouvrages récents sur la compliance, l'on peut citer : en 2022, *Les buts monumentaux de la compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en 2023, *La juridictionnalisation de la compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en 2024, *Compliance et droits de la défense* (éd. JoRC et Dalloz), et *L'obligation de compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en langue anglaise, en 2023, *Compliance Monumental Goals* (éd. JoRC et Bruylant) et, en 2024, *Compliance Jurisdictionalisation* (éd. JoRC et Bruylant). Ces ouvrages sont alimentés par ses nombreux travaux.

---

# Le rôle du juge dans le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance

Mesdames et Messieurs les présidents,  
Chers collègues,  
Chers maîtres,  
Mesdames, Messieurs,

C'est à la fois un honneur et un plaisir d'opérer la synthèse des travaux élaborés par le Conseil d'État en commun avec la Cour de cassation sur ce thème qui m'est si cher : le droit de la compliance. Cette branche du droit, nous en avons vu la naissance en prolongement du droit de la régulation, nous la regardons ensemble grandir, nous en dégagons ici la place qui revient au juge : au centre<sup>269</sup>.

La « compliance » est certes un terme d'origine anglaise, fait que l'on rappelle souvent comme valant grief, qui impliquerait d'élaborer un mot « français », en suggérant de se référer à la « conformité ». L'on fit de même il y a vingt ans pour le droit de la « régulation », que l'on voulait alors rectifier pour lui préférer le terme que l'on croyait plus correct de « réglementation »<sup>270</sup>. Pareillement, dans peu d'années l'on ne confondra plus la « conformité », qui consiste pour l'entreprise à donner à voir qu'elle obéit à toutes les réglementations qui lui sont applicables (tâche impossible), et la « compliance », que l'on peut d'ailleurs prononcer à la française comme le propose Alain Seban<sup>271</sup> : la *compliance* demande aux entreprises, aux parties prenantes et à chacun d'entre nous de participer à la réalisation de buts monumentaux<sup>272</sup>, lesquels définissent cette branche du droit<sup>273</sup>, comme l'ont notamment souligné Didier-Roland Tabuteau et Christophe Soulard<sup>274</sup>.

## 1. Une querelle de mots, masquant parfois la définition humaniste de la compliance et son ambition de modeler l'avenir

Via cette dispute entre le français et l'anglais, c'est souvent à ce qui serait une guerre des systèmes que l'on renvoie. Mais ceux qui pratiquent le droit britannique et le droit américain savent à quel point les Anglais utilisent les notions juridiques latines. En droit économique, nous savons aussi ce que nous devons au droit classique et l'ancrage du droit de la compliance demeure dans celui-ci. Le droit de la compliance n'efface pas notre système juridique : il le déploie au contraire avec une nouvelle force puisqu'il en accroît ce qui est la *ratio decidendi* du droit occidental : conserver, voire promouvoir, la personne au cœur des systèmes, qu'ils soient naturels, technologiques, économiques ou sociaux. Le RGPD ou les lois dites

269 M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2023, 500 p.

270 M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., pp. 610-616.

271 A. Seban, *in* cet ouvrage.

272 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2022, 520 p.

273 M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *D.* 2016, chron., pp. 1871-1874.

274 D.-R. Tabuteau, *in* cet ouvrage ; Ch. Soulard, *in* cet ouvrage.

« Sapin 2 » et « Vigilance » l'illustrent. La compliance n'est pas l'obéissance aveugle aux réglementations, ce à quoi renvoie la seule conformité : elle est la substance de cette ambition d'un avenir où la personne demeure la bénéficiaire des systèmes, en écartant par avance le risque qu'elle en devienne l'esclave. La construction de l'avenir est déjà l'objet du droit de la régulation, droit *ex ante*, nature que le droit de la compliance prolonge et démultiplie.

C'est en demeurant ancrés dans cet héritage du droit occidental, loin d'une conformité mécanique, que les juristes, qu'ils soient dans l'entreprise, conseil de celle-ci ou dans les prétoires, vont pouvoir exprimer cette nouveauté que constitue le *droit de la compliance*. En dépassant la première réticence et inquiétude devant un tel changement, comme y invitent Christophe Soulard<sup>275</sup> et François Molinié<sup>276</sup>. Il faut accueillir cette nouveauté de la compliance avec enthousiasme car elle est impliquée par la nouveauté du monde lui-même. Face à celui-ci, émerge cette nouvelle branche du droit (I). Le juge y joue un rôle central (II).

## I. - L'ÉMERGENCE DU DROIT DE LA COMPLIANCE, NOUVELLE BRANCHE SUBSTANTIELLE DU DROIT

### 2. La compliance, nouvelle branche du droit pour rendre compte d'un monde nouveau, permettant de le maîtriser

L'on soutient pourtant souvent que les branches traditionnelles du droit ont été comme brisées par le monde qui vient, empli de risques systémiques et de technologies terrifiantes. Mais cet environnement inconnu voit aussi naître des ambitions collectives d'un nouveau genre, comme le souci des animaux et la volonté d'une égalité effective entre humains. Les branches en sont vivifiées et leurs forces sont amplifiées par ce droit de la compliance qui déploie une logique de régulation sans plus être bridée par la condition préalable de secteurs.

Ainsi, Roch-Olivier Maistre raconte avoir vécu dix lois de régulation en cinq ans et se réjouit d'une régulation du numérique devenue possible par la compliance<sup>277</sup>. Il cite notamment le *Digital Services Act* (DSA) qui requiert des entreprises et de nous-mêmes de nouveaux comportements, une nouvelle culture, avant tout le respect d'autrui et de la vérité. L'unité de ce grand mouvement a été démontrée par Daniel Calleja y Crespo, montrant la cohérence entre le DSA, la CSRD et la CS3D<sup>278</sup>. Le régulateur devient alors superviseur *ex ante* des entreprises cruciales qui structurent et tiennent les espaces, par exemple le numérique ou les chaînes de valeur.

Jean-François Bohnert restitue ce même mouvement de l'*ex post* vers l'*ex ante* dans le droit pénal désormais pénétré par la compliance. Tandis qu'Astrid Mignon-Colombet constate que le juge pénal s'efface<sup>279</sup> au profit du procureur, de nouveaux outils se développent, comme la CJIP, par lesquels l'État imprime sa marque

275 Ch. Soulard, *in* cet ouvrage.

276 Fr. Molinié, *in* cet ouvrage.

277 R.-O. Maistre, *in* cet ouvrage.

278 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

279 A. Mignon-Colombet, *in* cet ouvrage.



souveraine, n'intégrant des mécanismes négociés que pour mieux servir l'intérêt général<sup>280</sup>.

Il est remarquable que chaque contributeur se soit ainsi appuyé non pas sur les « réglementations » mais sur des réalités factuelles, notamment les risques, face auxquels est directement dressée l'ambition de ne pas défaillir (ambition négative) et l'ambition de progresser (ambition positive), ambition servie par la puissance des entreprises. Jean-Yves Ollier montre que cette logique était déjà pleinement celle de la régulation, notamment pour assurer la sécurité des systèmes, par exemple sanitaire ou des transports<sup>281</sup>.

En effet, une branche nouvelle du droit n'émerge que de ce qui est déjà en partie écrit, le droit ne connaissant pas de feuille blanche : au-delà des secteurs régulés, c'est la logique du droit de la régulation qui se répand aujourd'hui.

Parce que la régulation s'ancre dans l'entreprise, laquelle se déploie au-delà, voire dans l'indifférence des frontières, le terme naguère adopté d'« extraterritorialité » devrait faire place à celui d'« a-territorialité », l'entreprise devant répondre directement au juge, comme le souligne Paul Nihoul<sup>282</sup>.

### **3. La compliance, un « vrai droit » qui enthousiasme les jeunes**

De telles transformations peuvent susciter critiques et désarrois, notamment une impression de confusion et de prise de pouvoir par les entreprises qui ne verraient dans la compliance que de l'autorégulation sans contrôle démocratique, comme l'exprime Joëlle Toledano<sup>283</sup>, laquelle recherche avant tout un régulateur administratif.

Tournons-nous aussi vers ceux qui ont à peine fini leurs études et décident par exemple de devenir magistrat ou avocat ; qu'en pensent-ils ?

Dans les cabinets d'avocats, l'on me dit qu'à l'occasion des entretiens d'embauche les étudiants disent vouloir en grand nombre pratiquer le droit de la compliance. Pourtant, ils ne l'ont généralement pas étudié et ne pourraient sans doute pas techniquement en parler.

Leurs interlocuteurs, se référant sans doute à la conformité mécanique, leur indiquent qu'ils ont bien trop de diplômes pour juste « *cocher des cases de conformité à la réglementation* », ce que des algorithmes feront bientôt mieux qu'eux, qu'il faut plutôt maîtriser ce qui serait le « *vrai droit* ».

La jeune génération répond que la Compliance est non seulement du « *vrai droit* », mais encore un droit « *vraiment humain* », celui « *par lequel le monde peut devenir meilleur* ». C'est la perception qu'en ont aussi des candidats au concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature (ENM) et au concours d'entrée de l'Institut national du service public (INSP).

280 J.-Fr. Bohnert, *in* cet ouvrage.

281 J.-Y. Ollier, « Les obligations relatives à la compliance en droit européen : sources et illustrations en dehors du champ de la réglementation financière », *in* cet ouvrage.

282 P. Nihoul, *in* cet ouvrage.

283 J. Tolédano, *in* cet ouvrage.



Pour raisonner ainsi dans le choix même du métier, ils ont en tête non pas la « conformité » à la réglementation mais bien cette nouvelle branche qui vise de nouveaux équilibres dans le système climatique, économique et social, équilibre à la construction duquel ils veulent pouvoir travailler.

#### **4. Une définition de la compliance spontanément puisée dans ses buts monumentaux négatifs et positifs**

À écouter ces nouveaux ou futurs juges et avocats, s'ils veulent pratiquer le droit de la compliance, c'est pour mieux saisir l'avenir, négativement pour que celui-ci ne soit pas catastrophique, renvoyant ainsi à la gestion des risques, mais aussi positivement, pour que la culture du respect de l'autre se diffuse dans l'entreprise et au-delà d'elle. Ces futurs professionnels n'en connaissent pas encore les techniques, mais ils en portent l'esprit, n'est-ce pas l'essentiel ? C'est un esprit de pionnier.

Ils accueilleront par exemple d'autant mieux la technique de médiation entre les entreprises et les parties prenantes, ces deux potentiels plaideurs. En même temps qu'ils se perfectionnent en droit public, international, financier, processuel, des relations du travail, environnemental, etc., d'eux-mêmes ils demandent l'ajout du droit de la compliance, droit téléologique bâti sur ce but politique d'un monde futur. Ce faisant, ils expriment les « buts monumentaux » dont François Ancel montre qu'ils guident le juge<sup>284</sup>, en conséquence de ces « buts monumentaux » qui sont le cœur normatif du droit de la compliance<sup>285</sup>.

Leur intuition met ainsi au centre l'ambition comme norme, les techniques de compliance (cartographie, plan, etc.), n'étant que les moyens. D'ailleurs, Daniel Calleja y Crespo a également utilisé ce terme d' « ambition » pour rappeler que la compliance a permis à l'Union européenne de se construire un « projet »<sup>286</sup>, projet dont François Molins montre la nouvelle illustration dans le parquet européen<sup>287</sup>. Un projet pour l'avenir, que Lucien Rapp préfère nommer « défi »<sup>288</sup>, relevé par la technique de la taxinomie. L'intendance doit alors suivre et c'est pourquoi l'entreprise est désignée comme le sujet de droit de la compliance : sa puissance est par principe approuvée notamment dans les chaînes de valeur, les incitations à l'accroître sont conçues par la loi. En contrepoint, les entreprises sont supervisées, alors même qu'elles n'appartiennent pas à un secteur régulé. Ainsi, par la compliance, la régulation s'est libérée de la condition préalable du secteur. L'établissement ou non en droit français d'une autorité administrative en matière de vigilance traduira un choix politique majeur.

---

284 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », *in* cet ouvrage.

285 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *op. cit.*

286 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

287 Fr. Molins, *préc.*

288 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », *in* cet ouvrage.



## 5. La voie : la responsabilisation des entreprises cruciales

Pour concrétiser une telle ambition de construction de l'avenir, le droit de la compliance désigne les entités en position d'agir, c'est-à-dire les entreprises qui tiennent les structures. Le droit élabore des obligations de compliance ayant pour objectif non pas de punir pour des actes passés (conception classique de la responsabilité) mais de mettre en charge de l'avenir des entreprises puissantes : conception nouvelle de la responsabilisation.

Ainsi, la logique de la régulation à travers la compliance aboutissant à une responsabilisation des entreprises, même si leurs activités économiques ne sont pas réglementées, même s'il s'agit d'entreprises privées, imprègne alors les procès. Comme l'avait montré en droit processuel le professeur Nicolas Cayrol, les « procès de compliance » sont des procès en responsabilisation<sup>289</sup>.

## 6. La transfiguration du droit de la régulation en droit de la compliance

Le droit de la compliance repose ainsi essentiellement sur l'action des entreprises, internalisant l'ambition de régulation en celles-ci.

Notons qu'il y a eu un passage de relai entre le droit de la régulation, que l'on dit souvent administratif, et le droit de l'entreprise, que l'on dit souvent privé. Mais le droit de la compliance marque plus que tout autre la corrosion de cette distinction. En effet, ce sont bien les autorités publiques qui fixent les buts monumentaux, à partir desquels les outils de compliance sont organisés puis, notamment dans les contentieux, sont juridiquement interprétés, tandis que les entreprises sont libres dans la construction et le maniement de ces outils, notamment à travers des contrats. Le mécanisme de vigilance le montre fortement. Il y a ainsi de l'autorégulation dans l'élaboration des moyens et des décisions politiques dans la conception des fins.

Pour articuler l'ensemble la régulation se transforme en supervision des acteurs économiques<sup>290</sup>. En cela, le secteur bancaire, qui faisait figure d'exception lorsque l'idéal concurrentiel était le seul principe, devient le modèle d'organisation, comme le montre Marie-Anne Barbat-Layani<sup>291</sup>. Ainsi, concurrence et compliance sont désormais les deux piliers d'une Europe libérale et humaniste.

## 7. La compliance, prolongement de la régulation hors secteur

L'on ne peut réduire la compliance à de l'autorégulation puisque les entreprises ne peuvent fixer librement les buts monumentaux à l'aune desquels elles élaborent les divers outils de compliance qu'elles mettent en place. Elles ne peuvent qu'y adhérer ou les accroître, par leur « raison d'être » ou leur RSE, mais pas s'y substituer. Elles doivent endurer la supervision des autorités administratives et le débat avec les parties prenantes, y compris devant le régulateur et le juge.

289 N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2023, pp. 213-224.

290 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, éd. Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », série « Régulations », Paris, 2017.

291 M.-A. Barbat-Layani, in cet ouvrage.



Par la compliance, la puissance, notamment technologique et informationnelle, mais aussi d'éducation, de l'entreprise, est dirigée, de force ou de gré, vers des buts que l'on disait classiquement d'intérêt général, en dehors d'un secteur et au-delà du territoire et du système juridique français. Le droit de la compliance est ainsi le premier droit global, le contrat étant son instrument naturel. Cela signifie que l'arbitrage international va bientôt lui faire place. Alors même qu'en raison de ces finalités structurantes, l'entreprise publique est devenue le parangon de l'entreprise dans le monde nouveau dans lequel nous voulons entrer, un monde durable où l'être humain est par principe respecté.

## 8. L'effectivité de la culture de compliance dans les entreprises

Ainsi guidées par le législateur et les autorités de supervision, voire par le juge, les entreprises vont déployer beaucoup plus qu'une simple conformité aux réglementations puisqu'elles vont faire leurs « meilleurs efforts » pour que les personnes dont elles dépendent se comportent elles-mêmes activement de sorte que les buts monumentaux soient atteints.

Dès lors et si l'on veut désigner une obligation première de compliance pesant sur l'entreprise, c'est avant tout une obligation probatoire<sup>292</sup> : quelle que soit sa place dans le procès, l'entreprise doit démontrer qu'elle a fait ses meilleurs efforts pour atteindre les buts fixés, ce standard de « meilleurs efforts » renvoyant à une obligation de moyens rappelée notamment par Roch-Olivier Maistre<sup>293</sup>.

Même si cette obligation probatoire renvoie à l'obligation de rendre des comptes (« *accountability* »), ce que l'entreprise puissante doit faire graduellement vis-à-vis de ses parties prenantes, de la société civile et de l'opinion publique, laquelle est devenue universelle, notamment par les réseaux sociaux, ce poids probatoire, rançon de la puissance légitime, renvoie à la perspective du procès. Il est vrai que la « société contentieuse », naguère présentée comme un « spectre »<sup>294</sup>, pourrait se profiler. Mais c'est plutôt comme un juge d'appui qui apparaît, intégré dans la logique d'effectivité de la compliance.

## II. - LE JUGE, TOUJOURS PLUS AU CENTRE DU DROIT DE LA COMPLIANCE

Le juge ne semble pas naturellement armé face à cette branche du droit si nouvelle, Christine Guéguen soulignant la difficulté du droit à trouver sa place<sup>295</sup>.

Durant ce colloque, beaucoup de choses ont été dites, notamment au sujet des « buts monumentaux » qui ont amené Christine Guéguen à préciser que cela allait être difficile pour le juge, François Ancel évoquant la solitude du juge saisi de telles causes systémiques<sup>296</sup>.

292 M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., pp. 409-442.

293 R.-O. Maistre, préc.

294 L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommages à Gérard Cornu*, PUF, Paris, 1994, pp. 29-50.

295 Ch. Guéguen, in cet ouvrage.

296 Sur la notion de « causes systémiques », voir M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portés devant le juge », 2021 (site Internet : <https://www.mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>).



## 9. Visant à la responsabilisation, la compliance fait naître des procès en responsabilisation

Les juges intègrent dans leur façon de juger et de conduire les procédures cette perspective d'*ex ante* qui caractérise la régulation et la compliance, ce qui constitue par nature un bouleversement, souligné notamment par Paul Nihoul<sup>297</sup>, Lucien Rapp<sup>298</sup>, Vincent Vigneau<sup>299</sup> et François Ancel<sup>300</sup>. Il est vrai que nous sommes à un tournant, mais le juge a la force de jouer le rôle de premier plan qui est désormais attendu de lui.

Comme pour le préteur en droit romain, il faut mais il suffit que des parties intéressées soient déclarées recevables à poser des questions aux juges. Ceux-ci devant formuler des réponses, c'est bien à travers leur jurisprudence qu'au-delà de réglementations éparées l'unité téléologique du droit de la compliance apparaît. Et cela dès les décisions des juges du fond. François Ancel l'illustre par le droit de la vigilance<sup>301</sup>.

Cela suppose que les juges éclaircissent les questions procédurales, notamment l'intérêt à agir, et interviennent sur les mécanismes *ex ante*, comme l'élaboration des plans et la gouvernance des entreprises, notamment les informations dues. Il s'agit d'une logique d'ensemble, que l'Europe révèle au fur et à mesure, comme l'a souligné Daniel Calleja y Crespo dans l'articulation entre le RGPD, le DMA et le DSA<sup>302</sup>.

L'intérêt de toute la jeune génération pour le droit de la compliance, auquel elle veut apporter sa pierre pour la construction du futur, va contribuer à cette unité. Les points de contact souvent soulignés entre la compliance et l'éthique<sup>303</sup> accroissent cette dimension de responsabilisation<sup>304</sup>.

Pour nous qui voyons le plus souvent d'une façon plus étroite et comme par éclat cette matière avec, d'un côté, la compliance sectorielle et, de l'autre côté, la compliance dans telle et telle branche du droit par le biais d'une réglementation particulière (RGPD, DSA, etc.), c'est vers les juges que nous nous tournons pour trouver des règles communes et simples : saisis de multiples questions, ils les apporteront à travers des principes. Ainsi la proportionnalité, soulignée par Lucien Rapp<sup>305</sup>, et la durabilité, mise en lumière par François Ancel<sup>306</sup>, apparaissent d'une façon transversale dans ces procès en responsabilisation nés de la compliance.

297 P. Nihoul, préc.

298 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », préc.

299 V. Vigneau, *in* cet ouvrage.

300 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », préc.

301 *Ibidem*.

302 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

303 M. Canto-Sperber, « La compliance et les définitions traditionnelles de la vertu », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, éd. Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2019, pp. 73-77.

304 M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance », *in* *D.*, 2022, chron., pp. 621-624.

305 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », préc.

306 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », préc.

Cela donne raison à Alain Supiot, grand auteur évoqué par Didier-Roland Tabuteau<sup>307</sup>, Alain Supiot, qui demanda en 2015 avec Mireille Delmas-Marty que l'on se décide à *Prendre la responsabilité au sérieux*<sup>308</sup>. La Cour de Justice de l'Union européenne le fait en soulignant que la position dominante ne saurait être fautive en elle-même mais qu'elle engendre des responsabilités, impliquant des diligences. La compliance développe cela comme pilier.

## 10. Le juge doit persister dans son rôle de gardien de l'État de Droit

N'excluons pas le droit de la compliance soit dévoré par la technologie à travers le foisonnement des formulaires, par une réduction à la « conformité », c'est-à-dire à une contrainte d'obéissance<sup>309</sup>, laquelle est alors prise en charge et générée par les algorithmes et leurs procédés informatiques, ensemble qui peut finir par nous faire agir comme des robots !

Or, face à la conformité imprégnée de technologies insensibles aux droits de la défense ou au principe du contradictoire<sup>310</sup>, il nous faut une compliance qui se bâtit non seulement sur une définition par l'humanisme, ce que fait l'Europe<sup>311</sup>, mais encore sur des outils dans lesquels l'État de Droit ait sa place, notamment dans les enquêtes internes, la CJIP<sup>312</sup> et toutes les sanctions, ainsi qu'Alain Seban l'a souligné<sup>313</sup>.

## 11. Ce sur quoi porte le contrôle du juge

D'une façon plus substantielle, le juge exerce son contrôle sur le droit souple, très présent dans le droit de la compliance. En cela, Christophe Chantepy rappelle que le juge administratif est exemplaire dans son contrôle<sup>314</sup>, les autorités publiques émettant du droit souple auquel tous se réfèrent, y compris lorsque les entreprises ne sont pas régulées, notamment sur les conditions de la CJIP et la place des engagements<sup>315</sup>.

La spécificité ici tient à l'auteur du droit souple, à savoir les entreprises elles-mêmes, qui émettent notamment des chartes, dont le statut juridique demeure incertain, notamment dans les nouveautés du contrôle normatif que le juge exerce sur toutes ces normes, sur les régulateurs et les entreprises elles-mêmes, la référence à des « engagements » demeurant davantage une invitation à la qualification qu'un ancrage assuré. Il est exact que les engagements, y compris devant les autorités publiques, sont un élément essentiel, notamment par leur adéquation au-delà du territoire, mais c'est au juge d'en donner la portée précise, puisque c'est toujours à lui de donner l'exacte qualification des situations. La vigilance, pointe avancée de la compliance, lui en sera l'occasion.

307 D.-R. Tabuteau, préc.

308 A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015.

309 Voir *supra* la distinction entre la « conformité » mécanique et le Droit de la Compliance.

310 M.-A. Frison-Roche et M. Boissavy (dir.), *Compliance et droits de la défense. Enquête interne – CJIP – CRPC*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2024, 362 p.

311 D. Calleja y Crespo, préc.

312 J.-Fr. Bohnert, préc., A. Mignon-Colombet, préc.

313 A. Seban, préc.

314 Ch. Chantepy, *in* cet ouvrage.

315 J.-Fr. Bohnert, préc.



Dans cette perspective et sur le terrain plus juridique du contrat, les stipulations multiples que les entreprises ont élaborées pour exécuter leurs obligations légales, voire pour en créer d'autres, que les contrats soient publics ou privés, devront être interprétées en fonction des finalités et des faits spécifiques de ce nouveau droit de la compliance qui réunit aujourd'hui le Conseil d'État et la Cour de cassation.

À cette occasion, parties prenantes et entreprises, les unes et les autres étant soit publiques soit privées, demanderont aux juges des solutions adéquates. C'est alors que l'on se tournera vers le juge financier ou le juge de la concurrence<sup>316</sup>, notamment parce qu'il s'agit parfois d'inventer des solutions pour l'avenir. Cela peut prendre de multiples formes, comme des cessations, des autorisations, des modifications de comportements, des réconciliations, etc., et d'autres qui sont sans doute à inventer.

## **12. Le juge doit régler un contentieux systémique en l'organisant dans son espace propre qu'est l'espace de justice**

En cas de conflit, les parties vont développer des prétentions de compliance qui sont présentées aussi bien en demande qu'en défense, dépassant par nature le litige qui les oppose. Ces causes systémiques sont souvent examinées tout d'abord par une autorité de supervision, administrative ou professionnelle, l'entreprise fonctionnant elle-même comme un superviseur, notamment dans les chaînes de valeur. Les parties au procès prétendent représenter un intérêt global, par exemple l'efficacité des marchés ou le climat.

Le procès devient alors lui-même un affrontement systémique, y compris devant un juge du fond. Pour comprendre et favoriser ce qui s'avère être un dialogue entre plusieurs systèmes dont les finalités peuvent être autonomes, les juges doivent adapter les procédures, notamment demander aux régulateurs de venir leur parler et, au-delà du litige, d'entrer dans l'instance. Une question ouverte est celle de savoir s'il faut modifier ou non les textes pour ce faire. L'accroissement de l'oralité, les *amici curiae*, l'instruction à la barre, ne l'ont pas nécessité.

En tout cas, le dialogue des juges y est essentiel pour que la culture de compliance, culture ancrée dans le droit, culture commune au monde public et au monde privé, culture reflétant le projet européen humaniste, culture d'un monde juridictionnel ouvert et actif, trouvant par la force de ses traditions des solutions nouvelles, se développe.

Parce que tout cela marque le droit français et européen, ce développement du droit de la compliance, né du droit de la régulation, dans lequel le juge est au centre, ne fait que commencer.

---

316 P. Nihoul, préc.



# Annexes





# 1. Normes applicables

## 1.1. Union européenne

- 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 (dit « RGPD »).
- Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques, dit « *Digital Markets Act* » ou DMA).
- Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques, dit « *Digital Services Act* » ou DSA).
- Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (dite « *Corporate sustainability reporting directive* » ou CSRD).
- Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données, dit « *Data Governance Act* » ou DGA).
- Proposition de directive de la Commission européenne du 23 février 2022 visant à encadrer les obligations de responsabilité des entreprises sur le plan social et environnemental (RSE), et à appliquer au niveau européen la notion de « devoir de vigilance » : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (dite « *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* » ou CS3D).

« Article 25 : Devoir de sollicitude des administrateurs (proposition de directive, février 2022) : Les États membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme. (...)

« Article 26 : Mise en place et supervision du devoir de vigilance (proposition de directive, février 2022) : Les États membres veillent à ce que les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, soient chargés de mettre en place et de superviser les mesures de vigilance visées à l'article 4, et en particulier la politique en matière de devoir de vigilance visée à l'article 5, en tenant dûment compte des contributions pertinentes des parties prenantes et des organisations de la société civile. Les administrateurs font rapport au conseil d'administration à cet égard. Les États membres veillent à ce que les administrateurs prennent des mesures pour adapter la stratégie d'entreprise afin de tenir compte des incidences négatives réelles et potentielles recensées conformément à l'article 6 et de toute mesure prise en vertu des articles 7 à 9 ».

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données, dit « *Data Act* »).

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union.

## 1.2. France

- 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 (dite « loi Sapin 2 »).

- Obligation pour certaines sociétés de prévenir les risques d'atteintes graves aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement : loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (dite « loi Vigilance »). L'article 1 est devenu l'article L.225-102-4 du code de commerce.

Article L.225-102-4 (modifié par l'ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017, article 11) :

« I.- Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

« Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L.233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

« Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains



et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L.233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. (...)

« Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

« 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

« 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

« 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

« 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

« Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion mentionné au deuxième alinéa de l'article L.225-100.

« Un décret en Conseil d'État peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

« II.- Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter.

« Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins. »

- Invalidation de l'amende civile : dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.



- Affirmation du rôle central de l'entreprise dans la société civile : loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, modifiant l'article 1833, alinéa 2, du code civil : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».
- Premières obligations de « reporting » extra-financier : loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, article 116 devenu article L.225-102-1 du code de commerce (modifié par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021) :

« I. – Une déclaration de performance extra-financière est insérée dans le rapport de gestion prévu au deuxième alinéa de l'article L.225-100, lorsque le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État.

« II. – Les sociétés mentionnées au I qui établissent des comptes consolidés conformément à l'article L.233-16 sont tenues de publier une déclaration consolidée de performance extra-financière lorsque le total du bilan ou du chiffre d'affaires et le nombre de salariés de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation excèdent les seuils mentionnés au I.

« III. – Dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité, la déclaration mentionnée aux I et II présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L.225-102-4.

« La déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités, aux actions visant à promouvoir la pratique d'activités physiques et sportives et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées. Les informations relatives aux conséquences sur le changement climatique mentionnées à la première phrase du présent alinéa comprennent les postes d'émissions directes et indirectes de gaz à effet de serre liées aux activités de transport amont et aval de l'activité et sont accompagnées d'un plan d'action visant à réduire ces émissions,



notamment par le recours aux modes ferroviaire et fluvial ainsi qu'aux biocarburants dont le bilan énergétique et carbone est vertueux et à l'électromobilité.

« Lorsque la société établit une déclaration consolidée de performance extra-financière conformément au II, ces informations portent sur l'ensemble des entreprises incluses dans le périmètre de consolidation conformément à l'article L.233-16.

« Ces informations font l'objet d'une publication librement accessible sur le site internet de la société. »

### *1.3. Droit comparé / États-Unis*

- Foreign Corrupt Practices Act (*Recordkeeping and Internal Controls Provisions*), 1977.





## 2. Droit souple

---

- Commission européenne. Harmonisation technique et normalisation : une nouvelle approche (communication au Conseil et au Parlement européen, 1985).
- Résolution du Conseil du 21 décembre 1989 concernant une approche globale en matière d'évaluation de la conformité.
- Commission européenne. « Guide bleu » relatif à la mise en œuvre de la réglementation de l'Union européenne sur les produits, 2016.
- Commission européenne. *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules* (Questions de Compliance. Ce que les entreprises peuvent faire pour mieux respecter les règles de concurrence de l'UE), 2012.
- Banque centrale européenne (BCE). *The importance of being transparent* (L'importance d'être transparent), avril 2023.
- Union européenne, États-Unis et autres États. Déclaration sur l'avenir de l'Internet, avril 2022.
- Autorité de la concurrence (ADLC). Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 24 mai 2022.
- Autorité des marchés financiers (AMF) et Autorité de contrôle prudentiel (ACPR). L'AMF et l'ACPR rappellent que la période transitoire pour exercer une activité sur actifs numériques sans enregistrement prend fin le 18 décembre 2020, 23 novembre 2020.
- Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom). Lutte contre la manipulation de l'information sur les plateformes en ligne (Bilan 2021), novembre 2022.
- Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et TRACFIN. Lignes directrices conjointes sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN, octobre 2018.
- Agence française anticorruption (AFA). La peine de programme de mise en conformité, Guide pratique, avril 2019.
- Agence française anticorruption (AFA) et parquet national financier (PNF). Les enquêtes internes anticorruption, Guide pratique, mars 2023.
- Parquet national financier (PNF). Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023.
- Association française des entreprises privées (AFEP) et Mouvement des entreprises de France (MEDEF). Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, décembre 2022.





# 3. Éléments de jurisprudence

## 3.1. Union européenne

- CJUE, Gde ch., *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD)*, aff. C-131/12, 13 mai 2014 (jugement relatif à l'obligation pour les entreprises numériques de respecter le « droit à l'oubli » des internautes).
- CJUE, Gde ch., *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, 6 octobre 2015, dit « Schrems 1 » (jugement relatif aux conditions du transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis, notamment au regard des textes européens et des accords entre l'Union et les États-Unis).
- CJUE, Gde ch., *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, aff. C-311/18, 16 juillet 2020, dit « Schrems 2 » (jugement relatif aux conditions de transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis et des engagements pris par les entreprises).
- CJUE, Gde ch., *Bank Melli Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, aff. C-124/20, 21 décembre 2021 (office du juge de l'Union européenne dans l'application du droit de l'Union européenne face au droit américain).

## 3.2. Jurisprudence du Conseil d'État

Les recherches effectuées ont permis d'identifier des décisions du Conseil d'État illustrant le lien entre compliance et droit souple, mais aussi un certain nombre de domaines dans lesquels le contentieux devant le juge administratif révèle une logique de compliance.

### 3.2.1. Compliance et droit souple

La jurisprudence du Conseil d'État illustre les liens entre contrôle des actes de droit souple et compliance :

- Décisions du Conseil d'État relatives à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis, recommandations, mises en garde et prises de positions adoptées par les autorités de régulation : CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083, 368084, Rec. ; et CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, Rec.

Analyse (extrait) : Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation,



lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation. Il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du code de justice administrative.

Espèce 1 : communiqué de l'Autorité des marchés financiers.

Espèce 2 : prise de position de l'Autorité de la concurrence.

Postérieurement à ces arrêts, le Conseil d'État a appliqué cette nouvelle grille de lecture en matière de droit souple à de nombreuses autorités. Ainsi, il a accepté de connaître de recours formés contre :

- reconnaissance de la portée juridique des recommandations de l'ACPR sur les conventions de distribution des contrats d'assurance vie conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance : des recommandations de bonnes pratiques émises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, n° 384297, aux Tables.

Analyse (extrait) : Sur le fondement du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L.612-29-1 du code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a émis des recommandations sur les conventions, conclues entre les entreprises d'assurance et les intermédiaires en assurance, concernant la distribution des contrats d'assurance vie. Ces recommandations ont pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires, qui en sont les destinataires, à modifier sensiblement leurs relations réciproques. Elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

- compétence du juge administratif pour connaître par la voie de l'excès de pouvoir d'une délibération de la Commission de la régulation de l'énergie – CRE dont une entreprise avait demandé à celle-ci le retrait : une délibération de la Commission de régulation de l'énergie : CE, sec., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150, Rec.

Analyse (extrait) : Un justiciable peut, s'il s'y croit fondé, demander l'abrogation d'un acte de droit souple à l'autorité de régulation qui l'a adopté et, le cas échéant, contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande.

- compétence du juge administratif pour connaître du recours contre une délibération et des communiqués de presse du Conseil supérieur de l'audiovisuel – CSA malgré leur absence de portée juridique, en raison de leur influence significative : une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel se prononçant



sur le caractère publicitaire ou non d'un message télévisé : CE, 10 novembre 2016, *Mme Marcilhacy et a.*, n<sup>os</sup> 384691, 384692 et 384692, Rec.

Analyse (extrait) : Délibération par laquelle le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) estime qu'un message télévisuel n'a pas sa place dans des écrans publicitaires, en constatant qu'il ne peut être regardé ni comme un message publicitaire au sens de l'article 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992, ni comme un message d'intérêt général au sens de l'article 14 de ce décret. Cette délibération a été suivie de deux communiqués de presse par lesquels le CSA a précisé la portée de son intervention. Si cette délibération et ces communiqués de presse n'ont produit aucun effet de droit, ils ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les dissuadant de procéder à l'avenir au sein de séquences publicitaires à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues. Dans ces conditions, ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

- lignes directrices de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières : CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n° 401751, Rec.

Analyse (extrait) : Lignes directrices adoptées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 km. Si l'autorité était tenue de suivre la méthode d'analyse qu'elle s'était donnée pour prendre l'avis contesté, il lui incombait, pour porter son appréciation sur le projet d'interdiction du service d'une société de transport par autocar, de prendre en compte l'ensemble des circonstances pertinentes de la situation qui lui était soumise.

- fiche de bon usage d'un médicament publiée sur le site internet de la Haute autorité de santé : CE, 19 juillet 2017, *Société Menarini France et autres*, n° 399766, aux Tables.

Analyse (extrait) : La fiche de bon usage du médicament attaquée, élaborée par la Haute Autorité de santé (HAS) et publiée sur son site internet, explique les motifs pour lesquels la décision a été prise de ne plus rembourser les spécialités à base d'olmésartan et recommande l'arrêt médicalement encadré de toutes les prescriptions à base d'olmésartan, au profit d'un autre sartan ou d'un autre anti-hypertenseur, en décrivant les alternatives disponibles et en précisant la conduite à tenir pour changer de traitement. Une telle recommandation est de nature à modifier les habitudes de prescription des praticiens dans le traitement de l'hypertension artérielle essentielle, ainsi que les comportements des pharmaciens et des patients eux-mêmes. Elle est par suite susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

- lignes directrices de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des Postes et de la distribution de la presse : CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom et a.*, n° 401799, Rec.



Analyse (extrait) : Les lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en œuvre les prérogatives dont elles sont investies, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent.

- pour connaître du recours pour excès de pouvoir contre un acte de droit souple émis par une autorité de régulation, le juge administratif doit être saisi d'une partie qui justifie d'un intérêt direct et certain à son annulation, cet acte étant de nature à influencer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse : à une prise de position de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : CE, 16 octobre 2019, *La Quadrature du net et Caliopen*, n° 433069, Rec.

Analyse (extrait) : Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

- recommandation de l'Agence nationale de sécurité des médicaments sur le nom et le conditionnement des médicaments : CE, 21 octobre 2019, Association française de l'industrie pharmaceutique pour une automédication responsable (AFIPA), n°s 419996, 384692 et 384692, Rec.

Analyse (extrait) : Par les recommandations litigieuses, élaborées à l'issue d'une évaluation du risque d'erreurs médicamenteuses liées au nom et à l'étiquetage des médicaments, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a précisé les éléments qu'elle entendait prendre en considération, à l'occasion de l'examen des demandes d'autorisation de mise sur le marché (AMM) ou de modification d'autorisation, pour apprécier le respect des dispositions applicables au nom et au conditionnement des médicaments, afin de contribuer à la prévention des erreurs médicamenteuses. (...) Dans ces conditions, ces recommandations doivent être regardées comme faisant grief aux laboratoires pharmaceutiques, notamment ceux commercialisant des spécialités non soumises à prescription médicale, et sont par suite susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.



- reconnaissance de l'effet sur les établissements bancaires de l'avis de l'ACPR par lequel celle-ci déclare se conformer à des orientations émises par l'autorité bancaire européenne – ABE, l'ACPR incitant les entreprises à modifier significativement leurs pratiques : une déclaration de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) : CE, 4 décembre 2019, *Fédération bancaire française*, n° 415550, Rec.

Analyse (extrait) : Par l'avis attaqué, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), en tant qu'autorité de supervision nationale, a déclaré se conformer aux orientations sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail émises par l'Autorité bancaire européenne (ABE). Il ressort des pièces du dossier qu'alors même que les établissements financiers sont directement destinataires des orientations en cause, en application des paragraphes 6 et 11 des orientations sur les modalités de gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail adoptées par l'ABE le 22 mars 2016, et doivent tout mettre en œuvre pour les respecter, en application du 3 de l'article 16 du règlement n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, l'avis attaqué, qui n'est pas adressé à l'ABE mais aux établissements financiers soumis au contrôle de l'ACPR, a pour objet et pour effet d'inciter ces établissements à modifier de manière significative leurs pratiques concernant la gouvernance et la surveillance des produits bancaires de détail. Dans ces circonstances, l'avis attaqué doit être regardé comme faisant grief à la Fédération bancaire française qui est recevable à en demander l'annulation.

- compétence pour l'AMF et l'ACPR dans le cadre de l'enregistrement des prestataires de service sur actifs numériques – PSAN de rendre publiques des orientations générales par voie de communiqué et de publier une « liste noire de prestataires non-enregistrés » accompagnée d'une mise en garde du public : un communiqué commun de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et de l'Autorité des marchés financiers (AMF) : CE, 2 avril 2021, *Société Blockchain et autres*, n° 448415, inédit.

Extrait : L'article L.54-10-3 du code monétaire et financier prévoit que l'AMF enregistre les prestataires de services sur actifs numériques après avoir recueilli l'avis conforme de l'ACPR et vérifié le respect des conditions prévues par cet article, qui concernent notamment l'honorabilité et la compétence des dirigeants et actionnaires ainsi que la capacité des prestataires à se conformer à leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ou encore, de gel des avoirs. Aux termes de l'article L.621-13-9 du même code, « L'Autorité des marchés financiers peut faire une déclaration publique mentionnant toute personne responsable d'un manquement aux règlements européens, lois, règlements ou règles professionnelles approuvés par l'Autorité des marchés financiers et la nature de ce dernier ». Pour l'application de ces dispositions, l'AMF et l'ACPR disposent, s'agissant de l'usage des prérogatives qui leur ont été conférées pour l'accomplissement de leurs missions, d'un large pouvoir d'appréciation. À cet égard, elles peuvent tenir compte au cas par cas de la situation des prestataires, de la diligence avec laquelle ils s'acquittent de leur



obligation d'enregistrement, de l'état d'avancement de cette procédure et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elles ont la charge. Il leur est loisible, dans ce domaine comme dans tout autre domaine relevant de leurs attributions, de rendre publiques les orientations qu'elles ont arrêtées pour l'exercice de leurs pouvoirs. Il s'ensuit que, contrairement à ce qui est soutenu, l'AMF et l'ACPR n'ont pas méconnu l'étendue de leur compétence en annonçant, par le communiqué attaqué, d'une part, qu'elles tiendraient compte au cas par cas de la situation des prestataires en cours d'enregistrement et, d'autre part, que l'AMF envisagera la publication d'une « liste noire des prestataires non enregistrés » accompagnée d'une mise en garde du public.

### 3.2.2. Domaines spécifiques révélant la mise en œuvre d'une logique de compliance

#### **3.2.2.1. Changement climatique**

La doctrine considère que le droit de la compliance commence à se manifester dans ce domaine, notamment dans les affaires Grande Synthe :

- Obligations climatiques à la charge de l'État dans la transposition des textes supranationaux : CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301, Rec.

Analyse (extrait) : Recours contre les refus implicites du Président de la République, du Premier ministre et du ministre chargé de l'environnement de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de manière à respecter les obligations consenties par la France voire à aller au-delà. (...) Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) du 9 mai 1992 et accord de Paris du 12 décembre 2015 conclu dans ce cadre prévoyant des engagements de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le changement climatique, notamment en limitant les émissions de gaz à effet de serre. Si leurs stipulations requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers et sont, par suite, dépourvues d'effet direct, elles doivent néanmoins être prises en considération dans l'interprétation des dispositions de droit national, notamment les articles L.100-4, L.222-1 A, L.222-1 B, D.222-1 A et D.222-1 B du code de l'environnement, relatifs à la « stratégie bas-carbone » et aux « budgets carbone », qui, se référant aux objectifs qu'elles fixent, ont précisément pour objet de les mettre en œuvre. L'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé à la demande de la commune requérante de prendre toute mesure utile permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national, de prendre toute mesure de nature réglementaire tendant à « rendre obligatoire la priorité climatique » et de mettre en œuvre des mesures d'adaptation immédiate au changement climatique, réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L.911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de prendre les



mesures jugées nécessaires. Il s'ensuit que lorsqu'il est saisi de conclusions aux fins d'annulation d'un tel refus, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier sa légalité au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision. Premier budget carbone fixé par le décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 pour la période 2015-2018 ayant été substantiellement dépassé, avec une baisse moyenne des émissions de 1 % par an alors que le budget fixé imposait une réduction de l'ordre de 2,2 % par an. Décret n° 2020-457 du 21 avril 2020 ayant sensiblement modifié le deuxième budget carbone (correspondant à la période 2019-2023) fixé par le décret du 18 novembre 2018 en relevant le plafond des émissions pour cette période. Il a, en revanche, maintenu l'objectif assigné au troisième budget carbone (2024-2028) et fixé le quatrième budget carbone (2029-2033) au niveau nécessaire pour atteindre l'objectif final de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % en 2030 par rapport à leur niveau de 1990, fixé à l'article L.100-4 du code de l'énergie, et de 37 % par rapport à leurs niveaux de 2005, assigné à la France par l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018. Toutefois, les modifications apportées par le décret du 21 avril 2020 par rapport à ce qui avait été envisagé en 2015, renvoient à la baisse l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre au terme de la période 2019-2023, et prévoient ce faisant un décalage de la trajectoire de réduction des émissions qui conduit à reporter l'essentiel de l'effort après 2020, selon une trajectoire qui n'a jamais été atteinte jusqu'ici. Au demeurant, la Commission européenne envisage de proposer d'augmenter l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de l'Union européenne pour 2030 en notifiant à la Conférence des États parties à la CCNUCC une nouvelle contribution de -55 % par rapport au niveau d'émission de 1990. (...)

### 3.2.2.2. Réglementation financière

- CE, 25 janvier 2014, *Société UBS France*, n° 371585, inédit.

Refus de transmission d'une QPC qui mettait en cause l'article L.511-41 du code monétaire et financier, sur l'obligation de disposer d'un système adéquat de conformité, au regard de l'exigence de clarté et de précision découlant du principe de légalité des délits et des peines.

- CE, 5 novembre 2014, *Société UBS France*, n° 371585, inédit.

Rejet d'un recours contre une sanction prononcée par l'Autorité de contrôle prudentiel et motivée notamment par le fait que l'établissement de crédit n'a pas mis son responsable de la conformité en situation d'assumer effectivement ce rôle.

- CE, 15 novembre 2019, *Banque Postale c. ACPR*, n° 428292, Rec.

Analyse (extrait) : Le dispositif de gel des avoirs, qui a notamment pour objet d'empêcher toute modification de leur montant, comprend, d'une part, le gel des avoirs des personnes ou des entités faisant l'objet d'une mesure de gel, dites désignées, et, d'autre part, l'interdiction d'effectuer tout mouvement



ou transfert d'avoirs au bénéfice de ces personnes ou entités désignées. Sont tenus d'appliquer les mesures de gel et d'interdiction prises les organismes financiers assujettis aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et qui détiennent ou reçoivent des avoirs. Les organismes financiers assujettis aux obligations relatives au dispositif de gel des avoirs sont tenus de se doter de dispositifs préventifs de détection des opérations de transfert d'avoirs au bénéfice ou à la demande d'une personne ou d'une entité désignée afin d'en suspendre immédiatement l'exécution. (...) Eu égard à l'intérêt général impérieux de protection de l'ordre public et de la sécurité publique auquel répond la législation relative au gel des avoirs dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, les manquements commis, tenant à un défaut de contrôle a priori des mandats cash nationaux, sont particulièrement graves, quand bien même n'aurait été constaté a posteriori qu'un très petit nombre d'opérations non conformes pour un très faible montant cumulé.

### 3.2.2.3. Agriculture

- caractère administratif des organismes qui octroient des certifications de produits bénéficiant du sigle « Agriculture biologique » exerçant sous le contrôle de l'Institut national de l'origine et de la qualité – INAO assurant une mission d'intérêt général pour laquelle ils sont investis de prérogatives de puissance publique : CE, Ass., 20 octobre 2014, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, n° 365447, Rec.

Analyse (extrait) : Les organismes certificateurs, qui octroient la certification des produits bénéficiant du signe agriculture biologique, assurent, sous le contrôle de l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO), une mission d'intérêt général pour laquelle ils sont investis de prérogatives de puissance publique. Ils sont ainsi chargés d'une mission de service public, qui présente un caractère administratif. Les décisions qu'ils prennent dans l'exercice des prérogatives de puissance publique dont ils sont dotés ont le caractère d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

### 3.2.2.4. Police des jeux et des casinos - Lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

- office du juge administratif dans l'application de la législation anti-blanchiment propre aux casinos et établissements de jeux : CE, 10 juillet 2020, *Syndicat des casinos modernes de France (SCMF)*, n° 430172, Inédit

Dans cet arrêt est prononcé l'annulation d'une disposition d'un arrêté ministériel en tant que celui-ci impose aux personnes mentionnées au 9° de l'article L.561-2 du code monétaire et financier, ainsi que, le cas échéant, à la société mère du groupe auquel elles appartiennent, l'élaboration et la transmission d'un rapport annuel « sur l'organisation du dispositif de contrôle interne ainsi que sur les incidents survenus, les insuffisances constatées et les mesures correctrices qui y ont été apportées » alors que le décret en Conseil d'État prévu par le III de l'article L.561-32 du même code a fait le choix, aux articles R.561-38-6 et R.561-38-7 de ce code, de n'imposer l'élaboration et



la transmission d'un tel document qu'aux personnes assujetties au dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme mentionnées aux 1° à 2° sexies, 6° et 6° bis de l'article L.561-2 du même code.

### 3.2.2.5. Normalisation

- CE, 8 mars 2002, *Sarl Plettac échafaudages*, n° 210043, aux Tables.

Analyse (extrait) : Lorsque le conseil d'administration de l'AFNOR homologue une norme, qui peut être rendue obligatoire et peut faire l'objet d'une sanction de conformité par la marque nationale NF, cette décision ressortit à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il en est de même de la décision par laquelle le DG de l'AFNOR approuve les règles relatives aux caractères que doit présenter, quant à sa nature, ses propriétés et ses qualités, un produit pour lequel est demandé l'usage de la marque NF dont l'association est habilitée à accorder le bénéfice et dont le seul objet est de sanctionner la conformité à une norme homologuée. Dès lors, les litiges relatifs à ces décisions, qui se rattachent à l'exercice par l'AFNOR de prérogatives de puissance publique pour l'exécution de sa mission de service public, ressortissent à la compétence de la juridiction administrative.

### 3.2.2.6. Évaluation de la conformité des produits (dispositifs médicaux) et police sanitaire

- l'évaluation de la conformité d'un dispositif médical relève de la compétence de l'organisme désigné par l'autorité compétente selon le dispositif de la directive européenne, tandis que le recensement et l'évaluation du dysfonctionnement du dispositif, relevant de la police sanitaire, demeurent centralisés : CE, 16 novembre 2020, *Mme Karatepe*, n° 431159, Rec.

Analyse (extrait) : L'évaluation de la conformité d'un dispositif médical avec les exigences essentielles concernant la sécurité et la santé des patients, des utilisateurs et des tiers, déterminées par la directive 93/42/CEE du 14 juin 1993, relève, s'agissant de dispositifs tels que les implants mammaires, de la compétence de l'organisme désigné à cet effet par l'autorité compétente d'un État membre de l'Union européenne et choisi par le fabricant du dispositif. En revanche, il appartient aux autorités compétentes de chaque État membre, d'une part, de mettre en œuvre un dispositif de matériovigilance permettant de recenser et d'évaluer, de façon centralisée, les dysfonctionnements et altérations des caractéristiques ou des performances d'un dispositif susceptibles d'entraîner la mort ou une dégradation grave de l'état de santé d'un patient ou d'un utilisateur et les rappels de dispositifs par un fabricant pour ces raisons et, d'autre part, de prendre, au vu des informations ainsi recueillies ou dont elles auraient connaissance par d'autres moyens, toute mesure provisoire nécessaire à la protection de la santé ou de la sécurité des patients ou d'autres personnes (voir également la décision du même jour, *Ministre des solidarités et de la santé c. Mme Bougerol*, n° 437600, Rec.).



### 3.2.2.7. Protection des données personnelles

- Protection des données personnelles : CE, 19 juin 2020, *Société Google LLC*, n° 430810, Rec.

Analyse (extrait) : Dans l'hypothèse où un responsable de traitement implanté en dehors de l'Union européenne met en œuvre un traitement transfrontalier sur le territoire de l'Union, mais qu'il n'y dispose ni d'administration centrale, ni d'établissement doté d'un pouvoir décisionnel quant à ses finalités et à ses moyens, le mécanisme de l'autorité chef de file prévu à l'article 56 du RGPD ne peut être mis en œuvre. Dans pareil cas, chaque autorité de contrôle nationale est compétente pour contrôler le respect du RGPD sur le territoire de l'État membre dont elle relève, conformément à l'article 55. Voir les conclusions d'A. Lallet sur l'articulation entre l'organisation de la fonction de compliance et la possibilité de prétendre au bénéfice d'une autorité chef de file. Cette affaire soulève également la question de l'articulation entre compétence des autorités nationales, des juges nationaux et l'organisation de l'entreprise pour la mise en œuvre du RGPD.

- contrôle du droit souple émis par la CNIL à propos des cookies : CE, 19 juin 2020, n° 434684.
- gestion de la plateforme Earth Data au regard des conditions requises de l'entreprise gérant la plateforme des données de santé : juge des référés du CE, 13 octobre 2020, *Association Le conseil national du logiciel libre et autres*, n° 444937.

### 3.2.2.8. Contrats et marchés publics

Interprétation par le Conseil d'État des dispositions du code de la commande publique sur l'exclusion de candidats coupables de manquements incompatibles avec l'attribution d'un marché public.

- CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 428866, Rec.

Analyse : Les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

- CE, 24 mars 2022, *Société Epi et autres*, n°s 457733, 457735, au Tables.

Analyse : Les articles L.3123-8 et L.3123-11 du code de la commande publique (CCP) permettent à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de



passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats. Le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également candidate à l'attribution d'une concession, justifier son exclusion sur le fondement de l'article L.3123-8 du CCP.

### 3.3. Jurisprudence de la Cour de cassation

- Ccass., ch. com., 20 novembre 2019, n° 18-12.817

Analyse : le manquement à des obligations contractuelles issues du programme de compliance est suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis

Doctrine : J.-C. Roda, « Quand la compliance américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 913

- Ccass., ch. crim., 14 mars 2018, n° 16-82.117

Analyse : office du juge répressif dans l'application de la législation adoptant des sanctions internationales sous la forme d'obligations de gel des avoirs.

- Ccass., 1<sup>er</sup> ch.civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981

Analyse : office du juge de l'annulation des sentences d'arbitrage international de rechercher si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est compatible avec l'ordre public international, notamment dans la lutte contre le blanchiment d'argent, recherche qui n'est ni limitée aux éléments de preuve, ni aux principes de procédure.

- Ccass., ch. com., 1<sup>er</sup> février 2023, n° 20-21.844

Analyse : reconnaissance des ordres professionnels comme des autorités de régulation des professions au regard du droit de la concurrence de l'Union européenne.

Commentaire : sur la lutte contre le blanchiment et la question de l'intérêt à agir pour celui qui saisit le juge : « *EU Court Limits Access to Information on Beneficial Owners of EU Companies* », Cabinet Jones Day (en ligne sur : [https://www.jonesday.com/en/insights/2023/04/eu-court-limits-access-to-information-on-beneficial-owners-of-eu-companies#\\_\\_prclt=1ud75Hf4](https://www.jonesday.com/en/insights/2023/04/eu-court-limits-access-to-information-on-beneficial-owners-of-eu-companies#__prclt=1ud75Hf4)).



- Sur le devoir de vigilance (affaire : *Association Les Amis de la Terre c. Total Energie*)
  - compétence juridictionnelle : compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris. Voir loi du 22 décembre 2021 de confiance dans l'institution judiciaire, Article L.211-21 du COJ : « *Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du code de commerce* » (auparavant : voir Ccass, ch. com., 15 décembre 2021, n° 21-11.882 – Contra. : CA Versailles, 10 décembre 2020, n°s 20/01692 et 20/01693 ; TJ de Nanterre, ord. réf., 30 janvier 2020, n° 19/02833).
  - TJ de Paris, référé du 28 février 2023, RG 22/53942 et RG 22/53943.



## 4. Bibliographie

Actualité juridique collectivités territoriales (AJCT), « Compliance et collectivités », Dossier thématique, 2018, pp. 481-503.

### Articles :

« Nul n'est censé ignorer la compliance : les collectivités territoriales et la conformité », Christophe Collard, p. 482 et suiv. ;

« Le rôle de l'AFA dans l'appropriation de la conformité anticorruption par les collectivités territoriales », Sandrine Jarry, p. 485 et suiv. ;

« La cartographie des risques, outil central de la compliance publique », Samuel Dyens, p. 491 et suiv. ;

« Outils de la compliance (chartes, bonnes pratiques, lignes directrices, etc.) : quelle valeur juridique ? », Jacky Richard, p. 498 et suiv. ;

« Compliance et juriste de collectivité territoriale : une évolution des missions ? Questions à Anne-Emmanuelle Rousseau », p. 501 et suiv.

F. Ancel, « Le principe processuel de compliance, un nouveau principe directeur du procès ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », coédition Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, Paris, 2023, pp. 225-230.

G. Beauvallet et J.-Y. Ollier, *L'Organisation de la régulation de la communication et des plateformes*, rapport au Gouvernement, 24 juin 2019.

C. Boiteau, « L'entreprise régulée », in *RFDA*, 2018, p. 469 et suiv.

E. Breen, « La "compliance", une privatisation de la régulation ? », in *RSC*, avril-juin 2019, pp. 327-331.

N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », coédition Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, Paris, 2023, pp. 213-224.

M. Chambon, « La compliance dans le secteur public à la lumière de l'Agence Française Anticorruption », in *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 5, 2018, étude 154.

E. Daoud, A. Klaiman, « Les contentieux stratégiques, les entreprises doivent s'y préparer », in *Revue Lamy droit des affaires*, n° 176, 2021.

T. Douville et Emmanuel Netter, « Règlement sur les services numériques. De l'encadrement des plateformes communicationnelles », in *RTDCom*, 2023/1.

M.-A. Frison-Roche, site Internet : [mafr.fr](http://mafr.fr)

M.-A. Frison-Roche, « La loi, la compliance, le contrat et le juge : places et alliances », in *Chronique de droit de la compliance*, Dalloz, mai 2023.

M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », coédition Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2023 (ouvrage disponible sur le site Dalloz bibliothèque).

Article :

F. Raynaud, « Le juge administratif et la compliance », p. 473 et suiv.

M.-A. Frison-Roche, « Penser et manier la Vigilance par ses Buts Monumentaux de Compliance », document de travail, mars 2023.

M.-A. Frison-Roche, « Droit de la Compliance et Climat. Pour prévenir le risque et construire l'équilibre climatiques », document de travail, janvier 2022.

M.-A. Frison-Roche, « Contrat de compliance, clauses de compliance », in *Chronique de droit de la compliance*, Dalloz, 2022, pp. 2115-2117.

M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, éd. Dalloz, Paris, 2021.

M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, éd. Dalloz, Paris, 2019.

M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1561.

M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, éd. Dalloz, Paris, 2017, not. « Du Droit de la régulation au Droit de la compliance », pp. 1-14.

Articles :

J.-Cl. Marin, « Droit pénal et compliance »,

J.-M. Sauvé, « Conformité, droit public et juge administratif ».

M.-A. Frison-Roche, « Le Droit de la Compliance », in *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1871-1874.

A. Gaudemet (dir.), *La compliance un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2016.

Y. Gaudemet, « La déontologie un pouvoir masqué », in *RDP*, juillet 2021, p. 895 et suiv.

P. Idoux, « Après la régulation, la compliance ? », chron. Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, in *AJDA*, 2017, p. 1872 et suiv.

D. Kadar, L. Gaillard, S. Abdesselam, « Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des premiers bilans : une inspiration commune, des autorités de régulation qui ont pris leur essor et un contentieux nourri à venir », in *RED*, 2020, pp. 93-97.



V. Lamy, « Contrats publics et compliance. Les nouveaux chemins de la lutte contre la corruption », in *JCP A*, n° 18, mai 2022, p. 2155 et suiv.

*La Revue des Juristes de Sciences Po*, dossier thématique relatif à la « compliance », n° 16, du 25 janvier 2019.

Articles :

« Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs ? », Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons, n° 10 ;

« La place de l'État dans le secteur de l'énergie : un modèle pour l'intervention de la puissance publique dans les secteurs régaliens ? », Christine Le Bihan-Graf, n° 14 ;

« Une conversation avec Enrico Letta », Entretien par Enrico Letta, n° 15 ;

« Les AAI, symptôme de la crise de l'État ou attribut d'un État moderne ? », Michel Prada, n° 16 ;

« La RSE : une mutation des relations entre États et entreprises », Pierre-Louis Périn, n° 17.

S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, éd. Dalloz, coll. « Les sens du droit », Paris, 2015.

R.-O. Maistre, « Quels buts monumentaux pour le Régulateur dans un paysage audiovisuel et numérique en pleine mutation ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », coédition Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, Paris, 2022, pp.47-54.

W. Maxwell, Ch. Gateau, « Les sources d'inspiration du Règlement général sur la protection des données : la conformité, la réglementation de l'environnement, la responsabilité du fait des produits défectueux », in *Enjeux numériques*, n° 2, juin 2018, Annales des Mines.

J.-P. Mochon, « Le nouveau régime juridique des plateformes de partage : comment l'Europe réinvente le droit d'auteur », in *Enjeux numériques*, n° 18, juin 2022, Annales des Mines.

P. Nihoul, « Concurrence et démocratie », in *Mélanges Joël Monéger, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Joël Monéger*, éd. LexisNexis, Paris, 2017, pp. 727-738.

J.-Y. Ollier, « Sur quelques analogies invoquées dans les débats sur la régulation des dispositifs de modération des contenus sur les réseaux sociaux aux États-Unis », in *Enjeux numériques*, n° 20, décembre 2022, Annales des Mines.



J-Y. Ollier, « La gouvernance européenne des données », in B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, éd. Larcier, Paris, 2022.

L. Rapp, « Proportionnalité dans la compliance et normativité », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », coédition Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, Paris, 2022, pp. 177-198.

B. Stirn, « Le juge administratif et la compliance », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Nicolas Borga, Jean-Claude Marin et Jean-Christophe Roda (dir.), éd. Dalloz, Paris, 2018<sup>317</sup>.

J. Toledano et J. Cattan, « Le Digital Markets Act permettra-t-il à l'Europe de reprendre le pouvoir sur les GAFA ? Probablement pas tout de suite », in *RED*, 2021/2, n° 3, pp. 114-117.

Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle 2013, éd. La documentation française, Paris, 2013.

---

317 Cette contribution est issue d'une intervention de B. Stirn prononcée lors du colloque à la Cour de cassation sur le thème « La compliance, la place du droit, la place du juge », le 6 juillet 2017 (accessible sur le site Internet du Conseil d'État : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-la-compliance>).



## **Comité de rédaction**

*Responsable de la publication :*

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

*Conception et réalisation :*

Fabien Raynaud, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Avec l'appui de Florence Noire, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études.

## **Secrétaire de rédaction**

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études.

Avec l'appui de Marie-Christine Gallicher, secrétaire à la section du rapport et des études.

## **Coordination du colloque**

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Avec l'appui de Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études.

## **Crédits photos, conseil graphique**

Direction de la communication.

*Retrouvez la vidéo du colloque à partir de [www.conseil-État.fr](http://www.conseil-État.fr), rubrique « colloques ».*





# Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

## **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.
- Le sport : quelle politique publique ? – étude annuelle 2019, n° 70.
- Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques – étude annuelle 2020, n° 71.
- Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes – étude annuelle 2021, n° 72.
- Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique – étude annuelle 2022, n° 73.
- L'utilisateur du premier au dernier kilomètre de l'action publique - Un enjeu d'efficacité et une exigence démocratique – étude annuelle 2023, n° 74.
- La souveraineté – étude annuelle 2024, n° 75 (à paraître).

## **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.
- La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse, 2018.
- Les règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2018.
- Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 2018.
- Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?, 2019.
- Simplifier le contentieux des étrangers, dans l'intérêt de tous, 2020.
- Les pouvoirs d'enquête de l'administration, 2021.
- Conditions de ressources dans les politiques sociales : 15 propositions pour simplifier et harmoniser leur prise en compte, 2021.
- Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance, 2022.

## **Collection « Droits et Débats »**

- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.



- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État? – tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- Entretiens sur l'Europe – tome 2, n° 26, 2018.
- L'ordre public. Regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28, 2019.
- Santé et protection des données, n° 29, 2019.
- La fiscalité internationale à réinventer ?, n° 30, 2020.
- La régulation économique de la santé, n° 31, 2020.
- Vers un nouveau droit du travail ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 32, 2021.
- Concessions et privatisations : quelle articulation ?, n° 33, 2021.
- Les professions de santé de demain, n° 34, 2021.
- Gouvernance et financement de la protection sociale, n° 35, 2022.
- L'environnement : les citoyens, le droit, les juges, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 36, 2022.
- Quel financement pour une économie durable ?, n° 37, 2022.
- Le vieillissement, un défi social, n° 38, 2023.
- La simplification normative, n° 39, 2023.
- La transition énergétique ?, n° 40, 2024.
- Pour un usager acteur dans le domaine sanitaire et social, n° 41, 2024.
- De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 42, 2024.
- 60 ans d'exécution des décisions du juge administratif, n° 43 (à paraître).
- La norme, frein ou moteur pour le logement ?, n° 44 (à paraître).

#### **Collection « Histoire et Mémoire »**

- Conférences « Vincent Wright », volume 1, 2012.
- Conférences « Vincent Wright », volume 2, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.
- Conférences « Vincent Wright », volume 3, 2019.
- Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État, 2019.
- Qu'est-ce qu'un grand commis de l'État ?, 2022.
- Conférences « Vincent Wright » et table ronde « la loi du 24 mai 1872, 150 ans après », 2022.
- Petite histoire de la galerie historique du Palais-Royal vers 1830-1848, 2023.

