

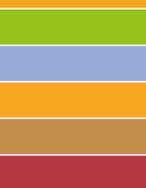


CONSEIL D'ÉTAT

DROITS ET DÉBATS

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

Regards croisés du Conseil d'État
et de la Cour de cassation
Colloque du 2 juin 2023



La Documentation
française

| | |
|---|------------|
| Avant-propos..... | 5 |
| Programme du colloque | 9 |
| Séance d’ouverture..... | 11 |
| Première table ronde - Une compliance ou des compliances ? | 31 |
| Biographie des intervenants | 33 |
| Actes – Une compliance ou des compliances ? | 37 |
| Échanges avec la salle | 89 |
| Deuxième table ronde - Quel rôle pour le juge aujourd’hui dans la compliance ? | 91 |
| Biographie des intervenants | 93 |
| Actes – Quel rôle pour le juge aujourd’hui dans la compliance ? | 97 |
| Échanges avec la salle | 139 |
| Troisième table ronde - Quelles nouvelles frontières pour la compliance ?..... | 141 |
| Biographie des intervenants | 143 |
| Actes – Quelles nouvelles frontières pour la compliance ? | 147 |
| Échanges avec la salle | 171 |
| Séance de clôture | 173 |
| Annexes | 183 |
| 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^e 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^{re} 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^e 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 nombres¹.

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-Roche² : 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 sujet³, 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'énergie⁴, de transports⁵ ou de télécommunications⁶.

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 antagonistes⁷ 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 sectorielles⁸, 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^e 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 création⁹, 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 récente¹⁰. 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 banque¹¹ 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 économique¹², 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'ordre¹³. 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 »^{14,15}.

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*¹⁶ ».

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 risques¹⁷ 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 personnes¹⁸.

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 indépendantes¹⁹.

Le juge administratif contrôle dans ce cadre de manière complète les éventuelles sanctions administratives adoptées pour assurer le respect des normes de régulations²⁰. 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 sévères²¹, le principe de personnalité des peines²² ou le principe *non bis in idem*²³, 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 du consentement de ses utilisateurs pour le dépôt de cookies, la CNIL a sanctionné Google. Cette sanction de 100 millions d’euros²⁴ a ensuite été validée par le Conseil d’État au contentieux dans un arrêt du 28 janvier 2022²⁵. 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 relève²⁶. 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 rôle²⁷.

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 2013²⁸ 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 fonctionnaires²⁹ 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 directives³⁰ (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 impérative³¹ ainsi que des recommandations de bonnes pratiques dont la méconnaissance est susceptible de donner lieu à une sanction³².

L'élargissement de ce contrôle a été achevé par des arrêts d'assemblée du 21 mars 2016, société Fairvesta International et société Numericable³³, 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 Numericable*, 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 carbone³⁴, 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 entreprises³⁵, qu'il incite à agir en conformité avec ses objectifs³⁶, 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-même³⁷. Cet accord, et la place qui y est faite en droit national, traduit donc une forme d'hybridation de différents droits³⁸,

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 juge³⁹.

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* »⁴⁰. 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 invisible⁴¹. 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 des 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 compliance⁴² 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.

⁴² 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 »⁴³ 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 Paris⁴⁴ 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 2017⁴⁵. 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 2019⁴⁶, 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 vigilance⁴⁷. 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.

