



**FACULTÉ DE DROIT
ET DE SCIENCE POLITIQUE**

MEMOIRE DE RECHERCHE : COMPLIANCE & DROIT PUBLIC

Sous la direction de Madame le Professeur Pascale Idoux

Antoine Oumedjkane

Master 2 Droit public général – Parcours droit administratif

Remerciements :

Mes premiers remerciements vont à Madame le Professeur Pascale Idoux pour m'avoir laissé une grande liberté dans la façon de mener mes recherches, me permettant d'aborder ce sujet avec d'autant plus d'envie et de plaisir.

Que soit également remerciée ma mère, Hélène Lemonnier qui, malgré mes doutes, m'a poussé à m'engager dans des études supérieures. Son soutien itératif, tout au long de ces années, a été primordial dans le bon déroulement de mon parcours universitaire.

Je remercie mes camarades de promotion pour leurs conseils et leur aide dans la correction et la relecture de mon travail, Camille, Isis, ainsi que ma sœur Juliette. Qu'Audrey, Pierre et Léanna soient également remerciés pour m'avoir accueilli chaleureusement à de nombreuses reprises lors de mes déplacements à Montpellier.

Au-delà de son aide précieuse de la genèse jusqu'à l'achèvement de ce mémoire, je tiens enfin à remercier Saskia dont la présence quotidienne et les nombreuses attentions n'ont cessées de me ravir.

PREMIÈRE PARTIE : LA NÉCESSITÉ
D'ORGANISER UN PHÉNOMÈNE FOISSONNANT

TITRE 1 : L'APPARITION INÉLUCTABLE DE LA COMPLIANCE DANS LE DROIT

TITRE 2 : LA DISTRIBUTION SUBTILE DES RÔLES ENTRE LES ACTEURS DE LA COMPLIANCE

DEUXIÈME PARTIE : LE RENOUVELLEMENT
SUBSÉQUENT DE L'APPROCHE JURIDIQUE

TITRE 1 : LES EFFETS DE LA COMPLIANCE SUR LE DROIT ET LES INSTITUTIONS

TITRE 2 : LES ENJEUX DE LA COMPLIANCE EN DROIT PUBLIC

Table des principales abréviations :

AAI	Autorité administrative indépendante
ABE	Autorité bancaire européenne
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
ADLC	Autorité de la concurrence
AFA	Agence française anticorruption
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
API	Autorité publique indépendante
CA	Cour d'Appel
C.Cass	Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CoP	« <i>Conference of the parties</i> » (Conférence des parties)
DoJ	« <i>Department of justice</i> » (Ministère de la justice)
FCPA	« <i>Foreign corrupt practices act</i> » (Loi relative à la corruption étrangère)
ONU	Organisation des Nations Unies
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
UE	Union européenne
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RSE	Responsabilité sociale des entreprises

Introduction

Lors d'une intervention au colloque organisé par la Cour de Cassation intitulé « La compliance, la place du droit, la place du juge », l'ancien vice-président de la section contentieuse du Conseil d'Etat, Bernard Stirn admet que : « *La compliance occupe une place au moins virtuelle dans le droit public. Elle bénéficie d'une présence peut-être subliminale dans la jurisprudence administrative. Son affirmation répond à des préoccupations de souplesse, de contrôle, d'efficience. Ses caractéristiques inspirent des évolutions qui favorisent les échanges, incitent aux réseaux, renforcent les garanties* »¹. Il insiste sur le caractère novateur de la notion, et son insertion progressive au sein du droit public.

I) Définition de l'objet de recherche

Il est apparu très tôt qu'en s'intéressant aux liens qui animent la compliance et le droit public, il était nécessaire de revenir sur la naissance récente du terme et d'en étudier les origines et les caractéristiques. Ce fut l'objet des premières recherches.

1. Les origines et les caractéristiques de la compliance

La compliance est un mot anglais d'origine juridique désignant au sens strict la « conformité » entendu comme les multiples comportements qu'il est possible d'adopter afin de respecter un ensemble de normes juridiques ou non, indépendamment de leur valeur formelle. Le terme est apparu aux Etats-Unis pour décrire le fait que certaines grandes entreprises aient pris seules l'initiative de s'imposer des comportements et des pratiques commerciales plus contraignantes d'un point de vue éthique que ce que les normes juridiques prescrivaient. Les opérateurs espéraient ainsi éviter d'attirer l'attention des contrôleurs et des juges tout en pouvant bénéficier d'une bonne image publique en fondant leurs stratégies de communication sur les bienfaits d'une telle politique entrepreneuriale.

Par suite, la compliance s'est institutionnalisée lorsqu'elle a été saisie par les autorités publiques américaines, principalement les agences fédérales, organes indépendants du gouvernement qui poursuivent un but de régulation économique sectoriel ou transversal mais aussi par des organes gouvernementaux tel que le « *Department of Justice* »². Cette institutionnalisation a permis de poser un véritable cadre juridique à la compliance afin de la contenir. Les autorités publiques y ont vus, à raison, un moyen d'orienter les comportements de chaque opérateur, en leur demandant d'édicter leurs propres règles et ce, en dehors du simple cadre économique.

¹ Bernard Stirn, « Le juge administratif et la compliance », Intervention au colloque de la Cour de Cassation *La compliance, la place du droit, la place du juge*, 6 Juillet 2017

² aussi appelé DoJ qui est l'équivalent du ministère de la justice

Or la compliance connaît depuis une dizaine d'années un développement sans précédent à l'international en raison d'une pluralité de phénomènes. La mondialisation de l'économie a permis l'émergence d'entreprises transnationales puissantes, engendrant des dérives qui conduisent à prioriser l'intérêt et la performance économique au détriment des droits et libertés fondamentales des individus. Parallèlement, la mondialisation a entraîné l'avènement d'une société internationale, consciente de ces problématiques notamment grâce à la circulation facilitée de l'information et par le développement des outils numériques. La somme de ces phénomènes a pour conséquence générale un retrait des personnes publiques sur plusieurs plans. L'apparition d'entreprises transnationales disposant de moyens financiers et d'influences comparables aux Etats viennent leur contester leur position hégémonique en tant que seule forme d'organisation politique et sociale. Pour cela, les entreprises ont investi un champ qui est classiquement réservé aux Etats, la création du droit. Originellement, seuls les Etats disposent de la légitimité suffisante pour faire respecter les règles de droit, or la montée en puissance des entreprises privées leur a permis d'édicter des règles, notamment sur les marchés, venant soustraire tout un pan de compétence étatique. La réponse de l'Etat face à cette problématique est celle de la compliance qui lui permet de maintenir sa pertinence en encadrant le respect des droits et libertés fondamentales ainsi que d'autres buts d'intérêt général. Cependant l'Etat fait désormais appel aux règles privées pour concourir à la réalisation de ses missions. Il s'agit *in fine*, d'un partage de compétences qui étaient jusque-là, réservés aux Etats.

La compliance fait la synthèse de ces problématiques actuelles et tente de dégager des solutions conciliant les intérêts de chaque partie. C'est par ailleurs grâce à une autre conséquence de la mondialisation que la notion est parvenue à s'imposer par-delà les frontières des Etats-Unis. Elle a provoqué un phénomène de globalisation du droit menant à une interpénétration des ordres juridiques, ce qui multiplie les interactions entre ordres juridiques internes.

L'Union Européenne, pétrie à la fois de tradition romaine et anglo-saxonne est aujourd'hui l'organisation la plus active à promouvoir la compliance. Son développement a été accéléré suite au choc de la crise économique de 2008 qui a révélé que les comportements irresponsables de quelques banques américaines ont eu des conséquences aux quatre coins du globe. C'est ainsi que la notion a été introduite en droit français. Bien avant cette consécration juridique, la compliance avait déjà fait son entrée dans la langue française, plus précisément dans le domaine managérial, coutumier des anglicismes, afin de décrire les comportements conformes à l'éthique et à la déontologie professionnelle au sein d'une entreprise ou de la conduite des affaires. En effet, les entreprises transnationales françaises ont été obligées de s'aligner sur les pratiques américaines afin de pouvoir accéder à ce marché incontournable.

L'apparition de la compliance en droit public est donc tardive et le droit est seulement venu consacrer un phénomène préexistant. Cependant, sous l'impulsion de l'Union Européenne, sa diffusion s'est faite selon un canal bien précis. La compliance a été conçue comme une nouvelle méthode de régulation économique, et elle partage par ailleurs de nombreux points communs avec celle-ci. Les autorités publiques indépendantes de régulation ont été chargées de l'utilisation de ce nouvel outil. Au contact de ces autorités, la compliance s'est muée en un outil permettant d'intégrer les objectifs publics d'intérêt général aux entreprises, qui poursuivent naturellement une majorité d'intérêts individuels. De même les autorités ont permis à la compliance de ne pas s'appliquer seulement à des entreprises transnationales, mais de participer à un mouvement plus large de responsabilisation des entreprises quel que soit leur champ d'influence.

2. La proposition d'une définition conventionnelle de la compliance

La question de la définition de la compliance a été l'une des plus difficiles à aborder notamment car il s'agit d'un sujet d'étude juridique naissant. Il fut un temps question de la placer au centre de la problématique du présent mémoire. Cependant cette approche n'a pas été retenue au vue de la trop grande contrainte qu'imposerait une telle démarche. La construction d'une définition de la compliance nécessite au préalable de faire face à plusieurs difficultés. Le but de ce développement est d'en remonter le fil et d'expliquer comment elles ont été appréhendées afin d'aboutir à la définition retenue.

Le premier écueil à éviter est de donner une acception trop large de la compliance. Le mot est apparu dans le domaine managérial et plus généralement des affaires, alors qu'aucune assise juridique n'existait encore. Or, comme le déclare Gérard Marcou au sujet de la définition de la régulation : « *La tentation est grande, alors, de proposer des définitions larges, qui évitent la difficulté d'avoir à préciser les différences avec les notions voisines, et donnent l'illusion de proposer une théorie ou une interprétation nouvelle. [...] Mais la science juridique ne peut se satisfaire de notions si générales et surtout descriptives, qui ne se réfèrent pas à des fonctions ou à des rapports juridiques déterminés, c'est -à-dire qui n'impliquent aucune conséquence juridique.* »³. Il est donc primordial de donner une définition juridique de la compliance. Mais le terme inonde plusieurs branches du droit qui en ont un usage et une vision différente. Dans un souci de pertinence et conformément à l'intitulé du mémoire, la présente étude donnera donc une définition de la compliance au regard du droit public.

En droit français, la compliance est une notion vague, imprécise, parfois même absente du vocabulaire juridique mais plutôt utilisé par la doctrine, si bien qu'il est possible d'en décrire les manifestations, sans pour autant en donner une définition claire. La palette de situations

³ Gérard Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006.347

couvertes par le mot est bien trop large. La compliance apparaît comme un mot-valise, un énième anglicisme non pas vide de sens, mais chargé de trop nombreuses significations pour pouvoir être correctement manié.

Ce point est corroboré par le fait que la doctrine est divisée par la question de sa définition, bien que ponctuellement, certains auteurs s'accordent momentanément. Ce fut le cas lors du colloque « *La compliance : un monde nouveau ?* » dans laquelle chaque intervenant la décrit comme « *l'ensemble des procédés 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* »⁴. Cette définition porte cependant le sceau du droit de l'entreprise et des affaires, et ne traduit que partiellement la situation de la compliance vis-à-vis du droit public, elle est donc insatisfaisante pour le juriste publiciste.

La difficulté de définition est principalement due à l'absence de traduction française du terme permettant d'en restituer le sens originel. La philologie et les sciences du langage sont régulièrement confrontées à ces mots intraduisibles, dont le sens ne peut être entièrement retranscrits dans une autre langue. Ces mots imperméables à toute traduction formelle se sont multipliés depuis ces dernières années en raison de l'interpénétration des ordres juridiques. A ce titre, le vif débat au sein de la doctrine publiciste afin de définir le terme régulation est l'un des exemples récent des conséquences de l'émergence des notions anglo-saxonnes dans notre droit.

Il en résulte une autre incertitude tirée de la polysémie du terme. En essayant de la traduire et de la rapprocher aux notions françaises qui n'y sont pas adaptées, la compliance a pris plusieurs significations et il règne une réelle confusion à la lecture de toute la littérature sur ce thème. En conséquence, il convient d'adopter une approche objective, c'est-à-dire en n'étant ni ethno-centré, ni universaliste⁵. Le but est alors de prendre en compte la culture de la langue d'origine.

Il est inutile de se limiter à la traduction stricte puisque ce ne sera que l'un des sens du mot, et rarement le plus satisfaisant. A cet égard, il est utile de citer le débat doctrinal français autour de la régulation qui a vu certains auteurs soutenir qu'il fallait se limiter à la traduction française du mot anglais « *regulation* » qui signifie règlementation. Or cette acception demeure bien trop restreinte et vient

⁴ Daniel Tricot, « Avant-propos », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 41

⁵ Voir en ce sens les travaux de la philologue Barbara Cassin, notamment son ouvrage *Eloge de la traduction : Compliquer l'universel*, Editions Fayard, 2016

anéantir tout le dynamisme de la notion qui a, en réalité, un autre sens anglais que d'autres auteurs se sont employés à découvrir⁶.

Suite à ces considérations préalables, des recherches approfondies ont pu être engagées.

La traduction juridique stricte du mot « *compliance* » en français est celle de conformité. En effet, le mot *compliance* est quasiment inexistant dans les textes des autorités de régulation, des lois et même du juge. Beaucoup préféreront le terme français de conformité. Or cette traduction rejette une caractéristique essentielle de la *compliance*. En effet, le mot « *compliance* » est issu du verbe anglais « *to comply with* » qui ne connaît pas d'équivalent français, mais que l'on pourrait traduire par « agir activement en conformité avec ». Dès lors cela signifie que la *compliance* implique des actions positives et constantes du destinataire de la norme juridique. Selon Jérôme Bédier, la traduction de conformité est « *trop statique car elle ne s'applique qu'à un instant donné, lorsqu'il s'agit de savoir si l'on est conforme ou non à une règle. Or, la compliance est une notion plus dynamique* »⁷. Marie-Anne Frison-Roche ajoute que : « *Une telle approche n'est pas satisfaisante, car elle est passive [...] il devient impossible de distinguer la compliance et le droit lui-même, puisque l'obligation de respecter le droit pèse sur nous tous.* »⁸. La *compliance* ne peut donc signifier un respect passif, une simple abstention à ne pas adopter un comportement. Elle suppose au contraire que le destinataire agisse, notamment en édictant lui-même des règles. Le respect formel des règles peut se réaliser par une multitude de comportements possibles que le destinataire est libre de choisir. La signification française de conformité ne s'y oppose pas, mais ne permet pas d'exprimer cette spécificité.

Ces raisons ont parues suffisantes pour justifier une préférence de l'emploi du mot *compliance* en lieu et place de conformité dans ce mémoire, bien que cela ne soit pas le cas dans les textes de droit français.

Il est ensuite apparu que la *compliance* en droit public s'inspire tout de même des branches de droit qui ont utilisé le terme auparavant, mais il reste possible de construire une définition spécifique qui s'appuie sur les intérêts principaux des personnes publiques à la mise en place de *compliance*. Ces aspects sont largement occultés par la doctrine de droit de l'entreprise et des affaires qui se centre logiquement sur les effets que la *compliance* produit sur l'opérateur.

⁶ Dans son article « la notion juridique de régulation » précité, Gérard Marcou parle d'une « *ambiguïté de sens selon la langue utilisée : en anglais, ou en danois, le même mot signifie « régulation » et « réglementation », alors qu'en italien, en français ou en allemand il existe deux mots distincts.* »

⁷ Jérôme Bédier, « La *compliance*, un outil actif de développement de l'entreprise », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.113

⁸ Marie-Anne Frison-Roche, « Il faut construire un dispositif européen de *compliance*, voilà l'avenir ! », in *Actualités/Entretiens Petites Affiches*, n°244, 7 Décembre 2006, p. 4 à 6

La définition retenue pour ce mémoire est la suivante : La compliance est une méthode de régulation qui désigne l'ensemble des dispositifs imposés par les personnes publiques aux entreprises afin que ces dernières prennent elle-même les mesures nécessaires pour concilier leurs activités économiques avec le respect des droits et des libertés fondamentales, et pour concourir à la réalisation d'autres buts d'intérêt général.

Il s'agit donc d'une définition prudente qui évite un cadre trop restreint qui conduirait forcément à des débordements au vue du foisonnement du phénomène, ni trop large car il en résulterait une dispersion peu propice à la compréhension et à la rigueur du travail scientifique.

Une précision sémantique doit ici être posée. La conciliation des intérêts économiques et des droits et libertés fondamentales, aux côtés d'autres buts d'intérêt général, désigne « l'objectif de la compliance » en général. Elle doit être distinguée « des objectifs de compliance » qui prend un sens plus précis pour décrire les droits et libertés protégés par une politique de compliance dans un secteur donné. Ces deux expressions seront couramment employées dans les développements.

3. La proposition d'une définition conventionnelle de la régulation

Il a semblé également essentiel de fixer une définition conventionnelle de la notion juridique de régulation économique car elle est le canal principal par lequel la compliance se diffuse en droit public. Au demeurant, les notions partagent de nombreux traits communs, ce sont tous deux des anglicismes apparus sous l'effet de la globalisation du droit, dont la définition a été rendu complexe par le caractère intraduisible des termes en français.

En raison des liens étroits qui unissent les deux notions, il a paru nécessaire de fixer une définition conventionnelle préalable de la régulation afin d'éviter des divagations compliquant plus que de raison le propos du présent mémoire. Les mêmes précautions que celles qui ont été énumérées dans le cadre de la définition de la compliance ont été appliquées à celle de la régulation.

Le choix a été porté sur une définition suffisamment large afin de pouvoir étudier les interactions entre la notion de régulation et celle de compliance. Il s'agit de celle retenue par Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux dans leur ouvrage⁹ qui, au sens large, définissent la régulation comme l'encadrement général par les personnes publiques des conduites et au sens plus strict comme : « *une méthode d'action qui implique la poursuite d'un objectif déterminé au moyen d'instruments variés utilisés de façon pragmatique* ».

⁹ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, Droit Public Economique, LGDJ, 8^{ème} Edition

La définition présente l'avantage de mettre en évidence le caractère précurseur de la régulation qui développe de nouveaux moyens de droits, notamment par le biais du droit « souple » et innove dans l'utilisation des moyens classiques, dits de droit « dur ». Selon Gérard Timsit, la régulation est un processus de modernisation du droit qui permet le « *passage d'un droit abstrait, général et désincarné, expression d'un Etat lui-même héritier du corps mystique du roi, à un droit concret et ancré dans la réalité physique et la plus sensible de la société* »¹⁰. La compliance s'épanouit dans ce cadre et amène de nouvelles possibilités dans la mission de régulation.

Cette définition a également le mérite de ne pas se montrer trop exclusive et permet d'accueillir la compliance au sein de la régulation. En effet, comme le soulève Marie de Coninck dans sa thèse portant sur les spécificités du contentieux économique : « *S'il est bien un point sur laquelle la doctrine s'accorde, c'est la vocation de la régulation économique à permettre le bon fonctionnement des marchés* »¹¹. Plus précisément, « *comme finalité principale le bon fonctionnement concurrentiel du marché, qui peut-être concilié avec des finalités a-concurrentielles* »¹².

Or, la compliance renouvelle le sens donné au « bon fonctionnement du marché ». Elle aspire plutôt à un marché « bon » en ce qu'il est empreint de vertu, c'est-à-dire qu'il respecte un corps de droits et de libertés et poursuivent des objectifs altruistes. Dès lors, il n'est plus seulement question d'efficacité économique ou concurrentielle. La compliance vient enrichir la régulation d'une nouvelle mission, bien que quelques auteurs défendaient déjà cette position. C'est le cas de Gérard Marcou et Franck Moderne pour qui la régulation inclurait « *toujours [...] la résolution des antinomies qui résultent du maintien d'objectifs ou de valeurs qui sont potentiellement en conflit avec la logique du marché* »¹³. L'émergence de la compliance confirme en tout cas cette position.

II) Délimitation du champ des recherches

Il convient de distinguer deux temps dans la circonscription du champ des recherches. Celui du périmètre de recherche ainsi que celui du périmètre de réponse. Eu égard au titre de ce mémoire, le champ de réponse peut paraître évidente : le droit public sera visé. Cependant, il s'agit d'un domaine large, et la rigueur du travail de recherche implique qu'il soit précisé.

¹⁰ Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n°78, Paris, 1996, p. 375-394

¹¹ Marie De Coninck, « Recherches sur les singularités du contentieux économique », Thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 34

¹² *Ibid.*

¹³ Gérard Marcou (Dir), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome I : comparaison et commentaires, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2005, p. 5

1. Le périmètre de recherche

Le travail sur les origines de l'objet de recherche laisse peu de doutes quant au champ matériel des recherches. La compliance est un sujet d'étude juridique à la fois récent et foisonnant. En se basant sur ses origines et son développement à l'international, le périmètre de recherche sera forcément large car la compliance est une émanation du phénomène de globalisation du droit qui « *se traduit par une perméabilité croissante de chaque culture juridique nationale à d'autres droits, nationaux ou internationaux.* »¹⁴. Cette approche est au centre des recherches car il existe une réelle continuité entre l'ensemble des droits dans le cadre de la compliance.

Les recherches se sont organisées autour des branches du droit qui ont eu une influence déterminante sur le modelage de la notion. Ces branches sont ici présentées chronologiquement. Chaque paragraphe permettra d'en d'égrenier les caractéristiques tout en fournissant une clé de compréhension sur son application aux branches du droit public. Quatre domaines principaux ont été retenus.

En premier lieu, le droit américain sera mobilisé car il a vu naître la notion de compliance. Il sera plus précisément question du secteur bancaire et financier. En effet, ce sont dans ces domaines que la compliance s'est principalement développée. Cela s'explique par leur importance capitale au sein d'une économie mondialisée conjuguée à leur caractère extrêmement sensible. A la fois garant de l'ouverture du marché et du bon déroulement des transactions, les banques et les institutions financières doivent garantir collectivement un système de sécurité. Enfin, le droit américain a lui-même provoqué le développement international de la compliance par l'effet extraterritorial de ses dispositifs de compliance et de sa législation, menant à des condamnations retentissantes d'entreprises étrangères. A cet égard, le système américain fera également l'objet d'un travail de droit comparé qui permettra de mettre en évidence les différentes façons d'appliquer la compliance aux Etats-Unis et au sein de l'Union Européenne.

Le droit international sera lui aussi évoqué. Malgré ses faiblesses, c'est en partie grâce à son action que la compliance a pu s'épanouir car il a permis l'ouverture entre les ordres juridiques internes. L'aspect délibératif des institutions internationales permet aussi laisser espérer une harmonisation des règles en matière de respect des droits et libertés fondamentales.

Le droit européen aura une importance cruciale. Tout d'abord car l'Union Européenne s'est emparé de la compliance et a permis son apparition dans le droit français. L'Union est actuellement très active en matière de compliance, elle en fait la promotion dans des secteurs importants comme la protection des données. Elle agit aussi en faveur de la notion de

¹⁴ Jean-Marc Sauvé, « L'Europe dans la globalisation du droit », Intervention à l'occasion du congrès inaugural de l'Institut Européen du droit, 1^{er} Juin 2011

responsabilité sociale de l'entreprise qui peut être rapprochée de la compliance. Enfin son action vise également à atteindre un haut standard de protection des droits au sein de l'UE en organisant une convergence entre les Etats-membres. Elle en profite également en s'affirmant à nouveau en tant qu'organisation supranationale la plus intégrative de tout le système international.

En dernier lieu, le droit de la régulation sera étudié. Tout d'abord, car il s'agit du domaine privilégié d'action et d'application de la compliance. Ensuite, car la régulation présente l'avantage de ne pas engendrer un droit foncièrement public ou privé. Bien au contraire elle transcende cette distinction, pour lui préférer une approche de corégulation dans laquelle les dispositifs privés et publics se complètent. Cependant il subsiste une prédominance de la personne publique qui revêt un caractère quasi-impérieux afin d'assurer la pertinence de la régulation. Le choix de cet angle permet surtout d'étendre le champ de recherche sans se référer systématiquement à la « *summa divisio* », bien que cette dernière soit utile pour garder à l'esprit que les acteurs poursuivent naturellement des objectifs divergents. De plus, la régulation semble être l'une des seules branches du droit qui promeut la convergence entre droit privé et public, venant réactiver un débat récurrent au sein de la doctrine. Enfin la diversité des moyens juridiques qu'elle déploie en fait un élément incontournable de cette étude.

2. Le périmètre de réponse

Le périmètre de réponse proposé s'axe autour de trois thèmes. De même il tente de combiner une approche à la fois théorique et pratique du phénomène de la compliance. Dans un cas comme dans l'autre, le but est d'étudier les effets de la compliance sur le droit et ses acteurs.

La compliance est une notion instable et contemporaine. L'étendue de son champ d'application est encore inconnue et ses fonctions ne sont pas toutes encore fixées. Cela a pour conséquence qu'elle concentre de nombreux espoirs dans le cadre de la régulation économique, qui est la branche qui en fait l'utilisation la plus fréquente. Dès lors, le droit de la régulation sera le premier champ de réponse. La première partie aura donc pour objet d'effectuer ce travail préalable d'organisation du phénomène. En étudiant plus profondément ses origines, ses objectifs, ses moyens d'action ainsi que les acteurs et leurs rôles, il sera possible de tirer des conclusions qui valent aussi bien pour les destinataires que pour les initiateurs, qu'il s'agisse de personnes publiques ou privées, de juges ou de régulateurs. Dans une optique plus théorique, elle permettra d'éclairer les relations complexes entre la régulation et la compliance, ainsi que leurs effets réciproques.

Le second champ de réponse sera celui de la théorie du droit et des pratiques juridiques. D'un point de vue théorique la compliance, tout comme la régulation, sème la confusion chez le juriste car elle prend des libertés vis-à-vis des conceptions classiques du droit qui semblaient

jusqu'alors indéboullonnables. Cela s'explique surtout par les des moyens qu'elle mobilise. La compliance se caractérise en effet par son pragmatisme exacerbé. A la recherche permanente d'une conciliation, elle s'accommode mal des dogmes qui brident ses objectifs de réactivité et de flexibilité.

Le dernier champ de réponse sera celui plus spécifique du droit public. Bien évidemment, il convient de préciser ce qui sera entendu par droit public, puisque le domaine apparaît en l'espèce bien trop vaste.

Au vue de sa visée économique, la compliance affecte principalement le droit public de l'économie. Au sein de ce domaine, il sera question de l'action des autorités de régulation, notamment indépendantes, car elles sont au cœur du développement de la notion en France. Les effets de compliance sur la gouvernance des entreprises publiques seront aussi mentionnés.

Le contentieux administratif est, quant à lui, d'une importance capitale. Le juge administratif doit faire face au développement d'un phénomène juridique novateur et veiller à l'intégrer dans son œuvre prétorienne. Plus précisément, ce mémoire s'attachera à discuter du rôle du Conseil d'Etat. En effet, ce dernier détient une compétence quasi exclusive au sein de l'ordre administratif dans le cadre du contentieux des autorités de régulation, où il statue en premier et dernier ressort. Il est donc important qu'il place sa jurisprudence relative à la compliance dans la continuité de celle relative au droit de la régulation, notamment au regard du phénomène du droit souple qui est un procédé nécessaire à la compliance.

La compliance fait aussi écho à la contestation croissante de la position dominante de l'Etat comme unique institution structurante de la société et de l'économie. Dès lors, ce mémoire s'intéressera aux effets de la compliance sur la théorie de l'Etat. Ces dernières années ont vu un assouplissement du comportement de l'Etat qui laisse une plus large place à de nouveaux acteurs. Cette réflexion a déjà pu être engagée grâce au phénomène de la régulation qui, selon Jacques Chevallier « *fait le lien entre l'Etat moderne et l'Etat postmoderne* »¹⁵. Il est dès lors pertinent de s'interroger sur le fait de savoir si la compliance achève ce mouvement.

Enfin, il a paru intéressant de développer une démarche prospective quant aux potentiels bénéfiques de la compliance au sein du secteur public lui-même. Il s'agit là d'une tentative d'anticipation de ce que pourrait devenir la compliance dans le futur. Cela implique cependant de s'écarter de la définition retenue. Fort heureusement, il ne s'agit là que d'une part marginale des recherches qui n'intervient, au demeurant, qu'à la fin de ce travail.

¹⁵ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 5^{ème} Edition (2017), LGDJ, 2003

Les effets de la compliance sur le droit public seront classés en deux catégories pour une meilleure lisibilité. La compliance produit des effets exogènes et endogènes. Cette distinction est fondée sur la destination de la compliance. La facette exogène restitue l'objectif initial de la compliance et constitue, logiquement, la principale préoccupation des autorités publiques en s'adressant à certains acteurs d'un marché.

La facette endogène, bien que dans la continuité de l'exogène, se démarque par le désir d'avoir des effets exclusivement internes aux personnes publiques. Bien que largement minoritaire, cet effet revêt un intérêt crucial car les personnes publiques ont une obligation de transparence à l'égard des citoyens autant d'un point de vue légal que d'un point de vue politique lorsqu'il s'agit de l'action économique de l'Etat.

III) Problématique

La plupart des questions composant la problématique ont été évoquées tout au long de cette introduction. Il a donc fallu concevoir une problématique générale susceptible de regrouper l'intégralité de ces interrogations. Il s'agit d'une problématique large qui allie théorie et pratique. Elle a été formulée à dessein en deux temps.

Par quels moyens la compliance s'impose-t-elle comme une nouvelle méthode globale de régulation ?

Quel est l'impact de la compliance sur le droit, notamment sur le droit public ?

La compliance n'est pas un sujet qui bénéficie d'un cadre strictement délimité. Dès lors produire une étude juridique du phénomène sans avoir pris la précaution de l'organiser, d'en donner une vision d'ensemble et de préciser sa substance est impossible. C'est l'objet de la première partie qui se base sur la structuration de la notion, se donnant l'objectif d'organiser ce phénomène foisonnant (Première partie).

Il sera ensuite possible de s'intéresser au renouvellement de l'approche juridique induit par la compliance. Il sera question des conséquences qu'elle provoque sur les principes et conceptions juridiques en général (Seconde partie).

Première partie : La nécessité d'organiser un phénomène foisonnant

La compliance, au même titre que la régulation, est une notion qui ne connaît aucune définition univoque pour les raisons linguistiques évoquées en introduction. L'autre source de difficulté est que le mot concentre un fort intérêt de la doctrine si bien que chacun l'utilise à sa convenance pour regrouper une multitude de faits juridiques. Enfin, du fait de son objectif global, il peut être tentant de lui donner une acception trop large. Il est dès lors nécessaire de rationaliser le sujet d'étude. A cette fin il sera en premier lieu question de savoir pourquoi et comment la compliance a émergé. Il s'agit d'un préalable incontournable car la notion n'est apparue que récemment et mérite d'être abordée avec un certain recul. Cela permettra de mettre en évidence les nombreux buts qu'elle poursuit. D'autre part il sera plus aisé de comprendre les raisons qui poussent la compliance à se matérialiser par des méthodes variées pour tenter d'assurer son application aussi bien au niveau interne, régional que mondial. (**Titre 1**)

Les buts et les moyens étant rationalisés et précisés, il sera possible d'étudier les acteurs de la compliance. En effet, la mise en œuvre de la compliance prenant des formes juridiques multiples, elle est garantie par une diversité d'acteurs. Ces derniers sont principalement au nombre de quatre, il s'agit de l'entreprise, du régulateur, du juge et du législateur. Chacun est solidairement garant de la réussite du système de compliance. Cet objectif commun peut aussi être source de confusion quant aux rôles de chacun. C'est là toute la difficulté de l'instauration d'une politique de compliance car cette distribution est aussi délicate qu'essentielle à l'efficacité de la compliance. Ce titre viendra donc délimiter précisément leurs rôles respectifs notamment en s'appuyant sur les bénéfices individuels que chaque acteur peut retirer de la mise en place d'une politique de compliance. Si ces bénéfices propres informent sur le champ de compétence de chacun en matière de compliance, ils n'effacent pas le risque que les acteurs empiètent trop fortement sur les attributions des autres. Ainsi l'étude de ce titre mettra également en évidence comment ces recouvrements sont maîtrisés pour atteindre l'équilibre. (**Titre 2**)

Titre I : L'apparition inéluctable de la compliance dans le droit

D'emblée, il convient de préciser que ce titre n'entend pas que la compliance se devait d'apparaître, mais qu'il était inévitable de prévoir des solutions juridiques, sous quelque vocable que ce soit, aux dysfonctionnements toujours plus ostensibles d'une économie mondiale insuffisamment maîtrisée. En effet les Etats, à priori seuls sujets de droit à même de faire

respecter un corps de règles fondamentales au sein d'un marché, se retrouvent en porte-à-faux du fait de l'apparition de nouveaux sujets qui les concurrencent. Ce problème est sous-tendu par le fait que les pouvoirs exorbitants de l'Etat dans l'économie sont adaptés à un cadre interne et ne lui permettent pas d'encadrer un marché mondialisé. L'objectif est dans un premier temps, de mettre en évidence la nécessité de la compliance au regard des causes de son apparition.

(Chapitre 1)

A l'occasion de l'étude des buts, quelques exemples éclaireront sur les moyens de mise en œuvre des dispositifs de compliance avant d'aborder le sujet en profondeur à l'occasion du deuxième chapitre. Ces derniers sont variés et nombreux si bien qu'il est impossible d'en établir une liste exhaustive. Cela s'explique notamment par la diversité des buts poursuivis mais aussi par la parenté évidente de la compliance avec la notion de régulation sur laquelle elle prend exemple mais dont elle tend à s'autonomiser d'un point de vue de la pratique. Cependant cette diversité n'entraîne pas de désordre car l'efficacité de la compliance réside dans l'articulation de tous ses moyens pour former un dispositif global.

Cette multitude de moyens ne doit pas occulter le fait que, pour s'imposer comme la réponse la plus adaptée aux problématiques qu'elle traite, la compliance doit mener à une convergence des droits nationaux entre eux. Cette convergence n'était pas une évidence du temps où la compliance n'était qu'un instrument américain permettant d'imposer leurs choix de politique internationale. Elle l'est devenue à travers l'accord de nombreux Etats sur la nécessité de maîtriser l'économie mondiale en concertation. La convergence concerne au moins les finalités de la compliance, mais peut aussi transparaître à travers des similitudes de régime juridique. Bien que cette réunion des droits se fasse en partie naturellement en raison de l'interpénétration des ordres juridiques en raison de la globalisation, il semble que les organes supranationaux soient les plus adaptés pour accélérer la création de standards unifiés tel qu'en témoigne l'action de l'Union Européenne. Dès lors la compliance pourrait être le plus grand exemple de droit de convergence car cette caractéristique est inhérente à sa substance. Cela permettrait d'éclairer grandement la question générale de la convergence des droits qui anime la doctrine juridique depuis une dizaine d'années (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les causes de l'apparition de la compliance dans le droit

La compliance est un palliatif qu'il était urgent de prévoir et qu'il est essentiel de développer au vue des problématiques structurelles internationales induites par l'économie mondialisée. Il est dès lors essentiel de s'attacher à étudier l'impact du contexte économique sur le droit, les institutions mais aussi les personnes. L'importance de la régulation comme outil de la mondialisation ayant engendrée elle-même la compliance sera mis en évidence. (*Section 1*).

Si la compliance est résolument tournée vers l'international, il peut sembler illogique qu'elle soit principalement mise en œuvre au niveau étatique alors même que des instruments de gouvernance mondiales existent et que les droits de l'homme se développent particulièrement au sein du droit international. En réalité, le droit international peine à fournir des réponses satisfaisantes, bien que des tentatives soient en cours pour remédier à cette inertie. Les réponses et les initiatives efficaces se trouvent plus précisément du côté du droit communautaire. (*Section 2*).

Section 1 : Un contexte mondial et économique bouleversé

Comme l'explique Jean Paillusseau en ouverture de son article « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle » publié en 2003¹⁶ : « *Jamais, dans l'histoire de l'humanité, le monde ne s'est transformé aussi rapidement et aussi profondément qu'au siècle dernier. [...] Mais, c'est surtout dans les cinquante dernières années qu'il s'est réellement métamorphosé.* ». Il ne fait pas de doute que c'est la mondialisation qui a présidé à la création de la compliance dans le prolongement de la régulation. Il convient dans un premier temps de définir la mondialisation et de mettre en évidence les nouvelles problématiques qu'elle implique et auxquelles la compliance tente de faire face (§1).

La mondialisation a également entraîné un phénomène de « globalisation du droit ». Il se caractérise par l'apparition de nouveaux sujets de droit qui concurrencent l'Etat en termes d'influence et qui représentent une menace supplémentaire à son égard. Ils bousculent la conception classique de l'Etat comme producteur unique de normes, et ne poursuivent pas naturellement de finalités d'intérêt général. L'Etat doit donc composer avec ces nouveaux acteurs et cette conciliation se réalise par le droit de la régulation et à plus forte raison, la compliance qui maintient l'Etat comme principal sujet de droit tout en lui permettant de donner une importance aux nouveaux sujets de droit émergents (§2).

§1 La compliance, instrument de régulation en réponse aux défaillances substantielles de la mondialisation

Le terme de mondialisation est avant tout un phénomène économique, qui se définit comme l'intensification des « *flux d'échanges* »¹⁷ (d'hommes, de biens ou de services) au niveau international. Elle prend pour appui la notion de marché qui en est son moteur. En tant que « *lien de rencontre de l'offre et de la demande* »¹⁸, le marché est le réceptacle des échanges économiques de

¹⁶ Jean Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », Dalloz, 2003, *Cahier Droit des affaires* n° 4 du 23 janvier 2003 et n° 5 du 30 janvier 2003

¹⁷ Paul Moreau-Defarges, *La Mondialisation*, Que sais-je, n°1687

¹⁸ Alfred Marshall *Principes d'Economie Politique*, 1890

toute nature. Le secteur quant à lui relève une acception plus large puisqu'il peut être composé de plusieurs marchés. Or les progrès technologiques, particulièrement en matière de communications grâce à l'informatique, ont contribué à un « *développement sans précédent des activités économiques* »¹⁹ qui ont amené à l'internationalisation du marché. La mondialisation est réellement apparue lorsque que le marché a pu fonctionner sur un modèle unique. En effet, la fin de la guerre froide matérialisée par l'effondrement du bloc soviétique à partir de 1989 marque officiellement une victoire déjà pressentie de l'idéologie libérale sur la conception marxiste de l'économie. Le capitalisme est alors seul à imposer ses préceptes : celui d'un marché libre garanti par une concurrence libre. En augmentant et en facilitant les échanges, il permet aux entreprises privées de s'étendre par-delà les frontières et de se muer en sociétés transnationales. La mondialisation doit être perçue comme un approfondissement de l'internationalisation²⁰ car elle crée une harmonisation des systèmes économiques et des pratiques des acteurs principaux du marché à savoir les entreprises et les Etats.

Ces Etats ont par ailleurs connu une forte remise en question de leur action dans l'économie dès lors qu'ils privilégiaient l'utilisation de leurs pouvoirs exorbitants qui apparaissent incompatibles avec les principes du libéralisme. Si bien que désormais, les personnes publiques tendent à limiter au maximum l'utilisation de tout avantage tiré de leur statut, et s'alignent même sur régime de plus en plus similaire. C'est le cas en France où le droit de la concurrence, façonné par l'Union Européenne est appliqué à tout opérateur depuis l'ordonnance de 1986²¹ ce qui tend à gommer les divergences fondée sur la qualité publique ou privée des opérateurs.

Cependant les deux caractéristiques du système économique moderne, mondial et libéral, sont sources de problématiques nouvelles qu'il est bon de classer en deux catégories.

Le système créé tout d'abord des « *défaillances techniques* » du marché (selon l'expression consacrée de Marie-Anne Frison-Roche²²). La théorie de la « *main invisible* »²³ d'Adam Smith selon lequel le marché libre, guidé par un agrégat d'intérêts individuels, s'autorégule naturellement vers la prospérité commune, a été depuis longtemps déconstruite. Il est évident que pour maintenir

¹⁹ Jean Paillusseau « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », Dalloz, 2003, *Cahier Droit des affaires*, n° 4 du 23 janvier 2003 et n° 5 du 30 janvier 2003

²⁰ C'est ce que défendent les maîtres de conférences Geneviève Cammas et Richard Routier dans leur article « La « globalisation » du droit des affaires ? », *Revue Générale du Droit*, 19 Janvier 2001

²¹ Article 1^{er} de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} Décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

²² Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.3

²³ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776

une concurrence et un marché libre, un contrôle doit être mis en place. C'est le but du droit de la régulation qui garantit le maintien d'un marché et d'une concurrence libre contre toute violation d'opérateurs privés ou publics, d'où la présence d'autorités de régulation indépendantes de tout pouvoir politique et économique. Ces défaillances sont d'autant plus fortes que l'économie est mondialisée ce qui empêche une harmonisation parfaite des réglementations et un contrôle total de l'action de tous les opérateurs. Bien que des instruments de régulation mondiale existent, la gestion des défaillances techniques du marché semble être une tâche bien trop minutieuse pour y être adaptée.

Le système créé enfin des défaillances substantielles. Cette distinction part du constat posé par Marie-Anne Frison-Roche que : « *Le droit de la régulation tend à pallier mécaniquement les défaillances d'un marché idéal [mais] [...] ne peut satisfaire les êtres humains* »²⁴. Cette critique est semblable à celle qui est formulée à l'encontre de la mondialisation, et les revendications d'une « mondialisation humaine ». Il est souvent reproché à la mondialisation de se cantonner aux problématiques économiques sans prendre en compte les conséquences, parfois tragique du système sur les personnes. Le droit de la régulation, en tant qu'épiphénomène juridique du libéralisme mondialisé n'échappe pas non plus à cette critique.

Ces défaillances substantielles ont d'ailleurs été mises en évidence par les mêmes moyens qui les ont vus apparaître. Les progrès en matière de communication et l'instantanéité de la circulation d'informations ont permis aux citoyens de prendre connaissance et de s'inscrire contre les nombreuses dérives qu'engendre la mondialisation. La prise de conscience des enjeux écologiques a par exemple été au centre des débats depuis la fin des années 1990 suite aux alertes des scientifiques sur le réchauffement climatique et reste aujourd'hui un sujet actuel. La crise des « *subprimes* » 2008 a également mis en évidence les dysfonctionnements de tout le secteur financier et bancaire, ayant pris des risques insensés qui ont eu des conséquences dramatiques sur les clients ayant contracté des emprunts. C'est d'ailleurs suite à cette crise que la compliance s'est installée durablement dans le paysage juridique international, ce qui explique pourquoi les secteurs financier et bancaire sont les principaux créateurs de mécanismes de compliance. C'est aussi suite à cette crise que les juristes ont pris conscience de la difficulté de gérer l'économie par le droit. C'est ce que Luc-Marie Augagneur appelle « *l'inféodation du droit à l'économie* » : « *Tandis que le droit s'assignerait principalement une finalité de justice en s'appuyant sur des concepts rigoureux et prévisibles, l'économie serait, dans la ligne de Mill et de Bentham, le terrain d'élection de l'utile et du pragmatique. Et dans la fondation du droit économique, c'est le second qui l'aurait emporté en ce qu'il conduit moins à incriminer telle ou*

²⁴ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.4

*telle pratique définie qu'à rechercher si celle-ci permet des gains d'efficacité ou si, au contraire, elle est néfaste au marché ».*²⁵

La mondialisation a aussi créé de nouvelles pratiques criminelles comme le blanchiment d'argent en lien avec des activités illégales à une échelle internationale (terrorisme, narcotrafic). Elle a aussi facilité la fraude fiscale en rendant plus accessibles les paradis fiscaux comme l'ont illustré de récentes affaires (« *Lux Leaks* », « *Panama Papers* »). Ces dernières appellent à une coopération internationale accrue en matière de police et une plus grande ouverture entre les ordres juridiques internes.

Ces défaillances substantielles partagent la caractéristique commune de faire peser des risques de violations massives de droits et libertés fondamentales sur un grand nombre de citoyens et à toutes les échelles, que ce soit à international ou à un niveau local. C'est en premier lieu pour pallier à ces problématiques que la compliance a été conçue. Elle tente principalement de prévenir ces risques, voire parfois de rendre de fait les violations impossibles, mais prévoit aussi des mécanismes répressifs qui sont mis en œuvre en dernier recours. En somme, la compliance tente de remettre l'humain au centre des préoccupations. Selon Marie-Anne Frison-Roche²⁶, la compliance se trouve dans le prolongement du droit de la régulation. Son but est de « *réguler la mondialisation* » en l'enrichissant de « *buts monumentaux* » qu'elle assimile à des « *dogmes* » dans le sens où ce sont des objectifs qu'il faut absolument respecter quand bien même cela n'est pas vraisemblablement possible, tel qu'éradiquer complètement la fraude fiscale. Cela fait de la compliance un droit « *téléologique* »²⁷, tout comme la régulation, fondée sur l'objectif dogmatique d'un marché non défaillant. La régulation ne doit plus seulement poursuivre des « *ambitions économiques* », mais nourrir des « *ambitions éthiques* ».

Plus schématiquement, la mondialisation a accentué et internationalisé un affrontement d'intérêts que beaucoup considèrent antagonistes²⁸ : l'intérêt économique et les libertés individuelles et collectives des personnes physiques. Que l'on adhère ou non²⁹ à cette vision

²⁵ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

²⁶ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.6

²⁷ Marie-Anne Frison-Roche, « Entreprise, Régulateur, Juge, penser la compliance par ces trois personnages » in *Compliance : Entreprise, Régulateur, Juge*, Dalloz 2017

²⁸ Jacques Chevallier a proposé une distinction des AAI entre celles qui protègent les libertés individuelles et celles qui agissent dans l'économie dans son article « Le statut des autorités administratives indépendantes : Harmonisation ou diversification », *RFDA* 2010, p.896

²⁹ Jean-Louis Autin réfute la distinction de Jacques Chevallier en plaçant les « *libertés économiques* » sur le même plan que toutes les autres dans son article « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010, p.875

inaire, force est de constater qu'une conciliation doit être effectuée, c'est là l'un des buts poursuivi par la compliance qui permet de « moraliser » l'action des opérateurs. Le risque d'une telle distinction est de rendre les deux domaines étanches. Cela serait contradictoire à une époque marquée par le développement sans précédent de la reconnaissance et de la défense des droits fondamentaux à tous les niveaux.

§2) La compliance comme solution à la crise conceptuelle et matérielle de l'Etat

La mondialisation a aussi permis l'émergence d'un phénomène en contradiction avec une conception théorique classique du droit. Celle de l'Etat au niveau national ou des Etats au niveau du droit international comme unique producteur de droit devant poursuivre l'intérêt général. Cette vision, déjà largement nuancée, semble désormais dépassée par l'arrivée de nouveaux sujets de droit internationaux qui créent des règles en dehors du cadre juridique, c'est-à-dire en dehors des autorités étant habilitées à édicter ou appliquer des normes juridiques, mais qui tendent pourtant à s'imposer, tant aux citoyens qu'aux instances créatrices de droit. Il en découle un potentiel affaiblissement de l'Etat et des personnes publiques qu'il convient de décrire.

Il s'agit de ce que la doctrine a désormais coutume d'appeler la « globalisation du droit ». Tout comme la plupart des termes doctrinaux, sa définition varie selon la sensibilité des auteurs, certains ne souhaitant pas, à dessein, rentrer dans le débat d'une définition précise, mais plutôt à en étudier les émanations³⁰. Le terme est, comme la mondialisation, utilisé originellement en économie. André Gauthier, dans son ouvrage « L'économie mondiale depuis la fin du XIX^{ème} siècle »³¹ la définit comme : « *l'interdépendance des économies nationales dans un marché mondial de production et d'échanges unifié par la stratégie des firmes multinationales et le développement des investissements directs à l'étranger* ». C'est là l'élément commun des définitions juridiques de la globalisation. Il s'agit du fait pour les sociétés transnationales de produire leur propre droit afin d'encadrer leurs relations en dehors de l'intervention de l'Etat quand bien même elles agissent ou relèvent de son territoire. Car si toute société secrète son droit (« *Ubi societas, ibi jus* »), il est possible de rétorquer que, dans un système ouvert, tout marché secrète ses règles.

Cette interdépendance est d'autant plus forte que la mondialisation est basée sur un marché libre qui a pour conséquence de réduire l'influence du droit économique étatique sur ceux qui en font l'objet : les opérateurs économiques. Cela alors même que le droit est un moyen de limiter leur puissance. Les multinationales peuvent désormais s'accorder seules sur les règles applicables aux marchés et aux secteurs car elles se trouvent (au moins partiellement) hors d'atteinte

³⁰ Benoît Frydman, « L'émergence d'une discipline : le droit global », Working Paper du Centre Perelman de philosophie du droit 2015/06

³¹ Publié en 1995 aux éditions Bréal

des législations nationales qui pouvaient brider leur action. Les entreprises multinationales peuvent même d'ailleurs sélectionner les pays qui offrent les meilleures conditions juridiques au développement économique, c'est le cas d'Apple qui a fait le choix de s'installer en Irlande pour bénéficier du faible taux d'imposition de l'impôt sur les sociétés. Le Professeur Hovasse considère même que la globalisation résulte d'une « *mise en concurrence des systèmes juridiques* »³².

De plus, certaines sociétés transnationales disposent désormais de moyens financiers comparable à certains Etats, ce qui leur confère une souveraineté économique (*Walmart*, enseigne de grande surface américaine a annoncé un chiffre d'affaire de 482 milliards de dollars en 2016³³ dépassant le PIB de pays développés tels que l'Autriche³⁴) tout en représentant une importance considérable dans la vie du citoyen (c'est le cas de Google ou de Microsoft et Apple qui dominent le secteur informatique et numérique). Enfin les sociétés transnationales détiennent un réel levier d'influence sur les Etats qu'elles tirent du fait de leur capacité d'organiser un marché. A ce titre elles ont accès à des informations variées que ce soit sur les consommateurs, sur le marché ou le secteur lui-même qui peuvent revêtir un caractère sensible. En effet, la révolution numérique a entraîné la convergence des technologies d'informations et de communications (les TIC), menant à ce que les économistes nomment la « *société de l'information* » ou la « *société en réseau* »³⁵. Il s'agit d'une société qui tend à devenir mondiale dans laquelle la détention d'information est assimilée à la détention de pouvoir. Dès lors cette montée en puissance des opérateurs privés du fait de la détention d'informations pose un problème majeur en raison de la divergence des buts poursuivis.

Pour Marie-Anne Frison-Roche, L'Etat est un « *sujet souverain* » qui va « *puiser dans sa liberté* » pour « *dominer juridiquement les objets* ». Or dans le cadre du marché international libre, l'objet va « *engendrer la règle qui lui sera adéquate* »³⁶. Originellement l'Etat est pourtant seul à pouvoir édicter des règles car il est celui qui a la responsabilité d'organiser la vie de la société, c'est à cette fin qu'il détient des pouvoirs régaliens et des prérogatives exorbitantes. Ces pouvoirs lui sont attribués car il poursuit des finalités d'intérêt général. Cette fonction organisationnelle s'applique aussi aux marchés. A ce titre l'Etat doit préserver et maintenir l'ordre public économique, une « *notion juridique aussi floue qu'indispensable* » qui « *fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et*

³² « Les aspects juridiques et financiers de la globalisation des marchés financiers » *Droit des Sociétés*, Juillet 2000, p.7

³³ Chiffres communiquées par Walmart à la bourse NASDAQ

³⁴ Qui affichait en 2016 un PIB de 353 milliards d'euros selon le site de la Direction Générale du Trésor français

³⁵ Nicolas Curien & Pierre-Alain Muet, Rapport « La société de l'information », La Documentation Française, 2004, p.9

³⁶ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit financier entre volontés et informations », in *Mélanges Jeantin*, 1999

la notion juridique de régulation »³⁷. Elle est apparue très récemment pour traduire ce rôle régulateur de l'Etat au sein des marchés et à l'égard des opérateurs. Comme toute activité de police, elle permet aux personnes publiques de réduire les libertés, entendues dans ce cas comme les libertés économiques (liberté d'entreprendre, liberté contractuelle).

Les sociétés transnationales recherchent en priorité le profit individuel et ne doivent donc pas être en mesure d'imposer leur volonté aux Etats. Cependant elles disposent aujourd'hui d'une influence suffisante pour que leurs revendications soient prises en compte. Elles produisent également leur propre droit marqué par : « *la réticence à l'intervention contraignante de l'Etat* »³⁸. Ce droit souple, « *a fortiori lorsqu'il est d'origine privée, paraît inhérent au libéralisme économique.* »³⁹. Ces entreprises peuvent même négocier des accords s'ajoutant ou se substituant au droit étatique, ce qu'Alain Supiot qualifie d' « *autoréglementation des entreprises* »⁴⁰. La globalisation provoque donc un renversement de perspective qui affecte principalement le droit public et surtout le droit administratif dans son volet économique⁴¹.

Il en résulte une remise en question de la légitimité de l'Etat dans « *sa toute-puissance* »⁴² si bien que certaines sociétés transnationales n'hésitent plus à critiquer ouvertement son existence même. Les idéologies « libertariennes » ou « néolibérales » souhaitent sa disparition afin de laisser une liberté totale à l'économie. Ces idées restent tout de même marginales mais traduisent l'hostilité de l'idéologie libérale à l'encontre de l'initiative publique.

La réalité est évidemment bien plus nuancée puisque l'Etat jouit toujours d'une grande légitimité et dispose de moyens variés pour maîtriser le comportement des opérateurs économiques sur son territoire à travers le droit de la régulation. Ce droit est une réponse à la crise que traverse l'Etat puisqu'il tente d'une part, d'en effacer la figure partielle à travers les autorités administratives indépendantes (AAI) ainsi que les autorités publiques indépendantes (API) qui forment ensemble le terme d'autorité indépendante de régulation, et de l'autre de délaisser l'intervention par les prérogatives exorbitantes perçues comme une brutalité. C'est par ailleurs

³⁷ Thomas Pez, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°49, Octobre 2015, p.44 à 57

³⁸ Jacky Richard, Laurent Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », *Droit Social*, 2014.400

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Alain Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation des entreprises », *Droit Social* n°3, Mars 1989, p. 3

⁴¹ Jean-Bernard Auby, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001

⁴² Rapport du Conseil d'Etat, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », EDCE, 2001, p.258

toute la subtilité du terme d'AAI ou d'API qui donne une indépendance de tout pouvoir politique malgré un caractère public qui laisse apparaître un lien avec l'Etat dont ces autorités ne peuvent être totalement détachées.

Mais c'est en s'organisant ensemble que les Etats répondent le mieux à ces problématiques. L'Union Européenne, en tant qu'ordre juridique supranational le plus abouti en termes de coopération et d'harmonisation en est l'exemple le plus parlant. Partant du constat qu'aucun Etat ne peut imposer sa volonté à un autre mais que le marché international non régulé laisse le champ libre aux sociétés transnationales, l'Union Européenne a imposé un droit de la régulation uniforme à tous ses membres afin qu'une conciliation satisfaisante soit réalisée entre les intérêts publics et le profit privé. Cela mène à une convergence des Etats membres sur le régime applicable.

Pour autant il serait erroné de réduire le problème de l'émergence des sociétés transnationales à une opposition frontale entre entreprise et Etats. Tout d'abord car il n'est pas exclu que les entreprises poursuivent elles aussi des buts altruistes (le plus souvent en réservant une partie de leur capital à de grandes causes humaines). Dès lors la question que se pose Marie-Anne Frison-Roche est la suivante : Va-t-on assister à un « *affrontement* » ou à un « *pacte de confiance* » ?

La compliance doit prendre le parti d'un pacte de confiance⁴³. Elle consiste tout d'abord en un constat : l'Etat ou les autorités indépendantes n'ont plus l'accès ni le contrôle intégral des informations permettant le maintien de l'ordre public économique, il n'est donc pas tout le temps le mieux placé pour assumer seul la gestion d'un marché. L'autorité de régulation va alors déléguer la gestion de ces informations à une ou plusieurs entreprises d'un secteur ou d'un marché donné (les « *opérateurs cruciaux* » il s'agit le plus souvent des plus grandes entreprises du secteur). Dans d'autres cas l'autorité va simplement ordonner que ces informations lui soient communiquées. Il s'agit d'une réelle obligation à la charge de l'entreprise puisque qu'elle s'expose à des sanctions en cas de non-respect. Ces obligations traduisent en réalité des « objectifs », si bien que le droit de la compliance « *internalise dans les opérateurs cruciaux la mise en œuvre de buts monumentaux* »⁴⁴. Il s'agit d'un authentique pacte de confiance car il marque une acceptation et une reconnaissance des Etats envers les sociétés transnationales, tout en leur permettant d'asseoir leur légitimité. En cela, la compliance satisfait les intérêts des deux parties : elle est un moyen pour

⁴³Lorraine Donnedieu de Vabres, « Pas de compliance sans confiance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

⁴⁴ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

l'Etat de réaffirmer sa place fondamentale en tant qu'institution structurante des rapports économiques et sociaux dans une logique de coopération entre la personne publique et les opérateurs privés. Cela permet enfin à l'Etat de pallier à la baisse de l'initiative publique induite par la mondialisation en imposant par exemple qu'un secteur reste accessible à tous les citoyens. Cependant cet exemple ne retranscrit pas toute la diversité de la compliance, elle n'est que l'exemple d'un mécanisme abouti. Dans d'autres cas, le mécanisme ne montre pas une réelle coopération mais plutôt une défiance des autorités indépendantes (et donc indirectement de l'Etat) envers les entreprises et réciproquement. C'est le cas lorsque l'autorité se bornera à enjoindre les entreprises à adopter un comportement éthique au sein du secteur sous peine de sanctions. Dans cette hypothèse il s'agit plus d'un mécanisme de régulation dont on peut admettre un lien distendu avec la compliance, seulement car la sanction se base sur des manquements à l'éthique.

Enfin il est important de préciser que l'apparition de la compliance dans notre droit, bien qu'issue de l'activité des sociétés transnationales, ne se résume pas à celles-ci, puisque toute entreprise peut être visée par des objectifs de compliance. La compliance fait en sorte de s'infiltrer dans tous les domaines et à toutes les échelles afin de former un ensemble cohérent et global. Il est cependant vrai que les entreprises transnationales se verront opposer des obligations plus fortes et nombreuses. La prise de simples dispositions afin de garantir la conformité aux règles publiques préexistantes ne sera pas suffisante puisque ces entreprises devront internaliser des objectifs et produire leurs propres règles pour les atteindre, ce qui est le niveau le plus abouti de compliance.

Section 2 : Une réponse à l'inertie relative du droit international public

En tant que réponse à la mondialisation il peut être tentant de déduire que la compliance doit et est mise en œuvre par le biais du droit international. Or une telle réponse, bien qu'elle ait le mérite d'être simple, s'avère en réalité simpliste. Le droit international n'a pas su faire entièrement ses preuves dans la défense des droits humains face à l'activité économique. Les raisons sont nombreuses et bien connues puisqu'il s'agit des faiblesses classiques du droit international. La mise en place d'un système de protection approfondi bute notamment sur le consensualisme que suppose l'édiction de normes communes (§1).

Cependant le droit international tente actuellement de rattraper son retard en matière de compliance. Dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (ONU) un traité général sur la compliance est en préparation. A cette fin l'ONU peut prendre exemple sur des réussites passées dans des domaines qui intéressent la compliance. Ce traité devra cependant satisfaire à un certain nombre d'exigence pour espérer une efficacité suffisante (§2)

§1) Un immobilisme fondé sur les faiblesses classiques du droit international

Le droit international s'est construit avant tout sur des considérations économiques. Il n'est dès lors pas étonnant qu'il se nourrisse de la mondialisation et qu'il soit l'un des principaux canaux de sa propagation (par le biais notamment de l'Organisation Mondiale du Commerce ou tout simplement des traités de libre-échange). Pourtant un mouvement contradictoire peut être décrit puisque suite aux événements de la Seconde Guerre Mondiale, le droit international s'est aussi attaché à développer les droits de l'homme. Contradictoire car il semble qu'il ait un temps clairement distingué l'activité économique des droits fondamentaux. Ce rapprochement, qui est le but général de la compliance, s'est effectué progressivement et semble aujourd'hui être en passe de s'acter.

Tout d'abord, théoriquement avec l'apparition des « *droits de troisième génération* » qui ont été créées sous l'influence du droit international. Ce sont des droits dits de « *solidarité* » qui intéressent l'humanité toute entière et supposent un ensemble d'actions en leur faveur. Selon Claude Rucz⁴⁵, ils sont identifiables par deux qualités. Ce sont des droits de « *finalité* » en ce que c'est tout l'ordre juridique qui doit permettre la réalisation de l'objectif posé. Ce sont enfin des droits aussi bien individuels que collectifs car leur(s) « *réalisation postule l'action conjointe de tous les partenaires sociaux sur les plans interne et international* ». La notion a pu s'épanouir dès la fin du monde bipolaire marquée par la défaite idéologique de l'Union Soviétique lors de la Guerre Froide. Il en résulte une plus large adhésion à la théorie universaliste des droits de l'homme comme le montre l'adoption par 171 Etats de la « *Déclaration et du Programme de Vienne* » le 25 Juin 1993 à l'occasion de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme organisée par l'ONU. Elle réaffirme en son premier paragraphe : « *l'engagement solennel pris par tous les Etats de s'acquitter de leurs obligations, s'agissant de promouvoir le respect universel, l'observation et la protection des droits de l'homme* ». Même si elle ne concerne pas directement les droits de solidarité, elle ouvre le champ à une plus grande coopération interétatique et à un alignement sur une même conception des droits de l'homme laissant espérer la réalisation de grands objectifs sur tout le territoire international.

L'on retrouve sous la bannière des droits de troisième génération, le « *droit à un environnement sain* » qui, dans une optique de compliance, obligera les entreprises et les Etats à s'allier pour réduire leur impact sur l'environnement. Mais la compliance ne se réduit pas à une promotion des droits de troisième génération. Elle prend parfois appui sur cette conception souple pour renouveler la lutte contre des infractions connues. Par exemple, la compliance lutte contre la corruption. Le fondement théorique de cette lutte est que la corruption mène, par effet

⁴⁵ *Jurisqueuse Droit International*, Fasc. 124 Organisation des Nations Unies – « Le respect des droits de l'homme », 26 Janvier 2000

de domino, à une « *violation* » de droits collectifs tels que celui d'un droit pour le citoyen à la transparence publique. Mais la compliance protège également les droits individuels, et même les droits des personnes au sein des entreprises, tel que le montre la protection des lanceurs d'alerte depuis la récente loi française dite Sapin II⁴⁶. En réalité, la compliance se distingue par le lien très distendu de ses prescriptions avec les droits protégés. Parfois, il s'agit plus de principe que de droits réellement affirmés. En effet la protection des lanceurs d'alerte doit être ici vue comme une façon de faire respecter le principe de transparence publique et de contribuer à la bonne information du public. De manière plus orthodoxe, dans cet exemple, la compliance défend aussi les droits des salariés de l'entreprise.

Cependant cette parenté théorique ne s'est pas traduite par des résultats pratiques. Le droit international n'a pas su opérer la conciliation entre droits de l'homme et activité économique. Cela s'explique par de nombreux défauts qui empêchent la mise en place d'un régime harmonisé au niveau mondial.

Le droit international public est fondé en pratique sur une théorie subjectiviste. La norme n'émane que de la volonté de l'Etat qui s'autolimite en choisissant par quelle règle de droit international il souhaite être lié, c'est le principe « *pacta sunt servanda* »⁴⁷ selon lequel les pactes librement conclus doivent être respectés. Il est lui-même tiré du principe de souveraineté des Etats selon lequel aucun ne doit imposer sa volonté sur un autre. Or une telle vision contractualiste met à mal la conception objectiviste des droits de troisième génération à laquelle la compliance fait appel. L'existence de ces droits serait justifiée par des éléments objectifs extérieurs et supérieurs à la volonté des Etats. La théorie objectiviste sociologique retranscrit le mieux « *l'idéologie* » de la compliance. Elle est inspirée par Duguit qui l'a conceptualisée pour le droit administratif, et a été reprise pour le droit international par Georges Scelle. En partant de l'idée d'interdépendance sociale qui est le but de tout service public selon Duguit, Scelle va en déduire que la solidarité est indispensable et qu'il faut créer pour cela un « *droit international intersocial* ». Pour lui, la société internationale ne résulte pas de la « *cohabitation* » mais de la « *juxtaposition des Etats* », le droit international est celui d'une société universelle de peuple, le « *droit des gens* »⁴⁸.

En vertu de cette vision volontariste, le droit international peine à rassembler les Etats sur une même ligne, chacun étant placé dans une situation politique et économique différente, il paraît parfois impossible d'appliquer une même règle aux vues des spécificités de chaque partie.

⁴⁶ 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

⁴⁷ Article 26 de la Convention de Vienne relative au droit des traités du 23 Mai 1969

⁴⁸ Georges Scelle, *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, 1932

Ainsi lorsque, comme dans le cas de la compliance, les Etats se retrouvent face à des objectifs communs, chacun n'a pas les mêmes outils pour y répondre ni les mêmes problématiques. Dès lors il est difficile de prévoir un dispositif efficace et harmonisé trouvant à s'appliquer dans la majorité des Etats en raison du consensualisme qui caractérise le droit international. Quand bien même les négociations aboutissent à une participation de nombreux états, il est toujours possible pour ces derniers de signer le traité sans pour autant le ratifier⁴⁹ ce qui ne l'astreindra qu'à « *s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but* »⁵⁰. Ils peuvent aussi déroger à certaines stipulations de l'acte final par des « *réerves* » bien que le traité puisse préciser que certaines stipulations ne sont pas être susceptibles d'être écartées, et que l'article 19 de la Convention de Vienne interdise les réserves « *incompatibles avec le but et l'objet du traité* ». Enfin, les traités ne valent qu'entre les parties contractantes⁵¹, il est donc impossible d'appliquer indirectement ces mécanismes à des Etats n'ayant pas signé le traité.

Toutes ces faiblesses juridiques du droit international peuvent cependant être surmontées ponctuellement par les Etats en prévoyant un traité souple, adapté aux spécificités de chacun. Ils peuvent aussi prévoir un dispositif de contrôle. Enfin, la lenteur du processus international est une difficulté supplémentaire notamment en matière de compliance qui implique une grande réactivité de la part des pouvoirs publics car l'économie, tout comme le flux d'information et d'échanges, s'est grandement accéléré.

C'est aussi pour cela que les Etats délaissent les instruments internationaux et se reportent sur des solutions internes. Ils peuvent de plus compter sur le droit international qui cautionne l'effet extraterritorial de certains dispositifs internes. L'extraterritorialité se définit comme une « *situation dans laquelle les compétences d'un Etat régissent des rapports de droits situés en dehors du territoire dudit Etat* »⁵². En dehors de l'exercice effectif d'un Etat sur le territoire d'un autre, il est constant en droit international que « *loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse à cet égard une large liberté* »⁵³. Bien que comme le précise Régis Bismuth⁵⁴, cette « *présomption de liberté*

⁴⁹ Au-delà de la ratification les Etats peuvent aussi « accepter » ou « approuver » les traités afin de leur donner plein effet : Article 2 et 14 de la Convention de Vienne précitée

⁵⁰ Article 18 de la Convention de Vienne précitée

⁵¹ Article 34 et 35 de la Convention de Vienne précitée

⁵² J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001

⁵³ Cour Permanente de Justice Internationale, 7 Septembre 1927, *Lotus*, p.19

⁵⁴ Régis Bismuth, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public » in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 41

de l'Etat » doit être nuancée puisque bien souvent il doit exister un lien entre la compétence de l'Etat et la situation qu'il veut régler. Ce lien est en général territorial lorsque la situation a lieu sur le territoire de l'Etat, ou de nationalité lorsque l'entreprise agit sur un autre territoire mais détient la nationalité de l'Etat qui souhaite agir. L'extraterritorialité entretient donc des rapports contrariés avec le droit international qui l'accepte sous certaines conditions.

En pratique et à fortiori en matière de compliance l'Etat utilise son « *soft power* » (son influence) pour contraindre des entreprises à accepter un effet extraterritorial des mécanismes de compliance. C'est le cas des Etats Unis, première puissance mondiale, qui réussit à faire respecter ses propres embargos à des entreprises étrangères lorsqu'elles agissent sur son territoire. Il leur suffit de faire peser sur les entreprises la menace d'une interdiction d'exercer leurs activités économiques aux Etats-Unis. Au vue de l'importance du marché étasunien les entreprises ne peuvent qu'appliquer les règles en matière de compliance et accepter toute sanction en cas de non-respect. La malléabilité de la notion a cependant dû faire l'objet de restrictions par la Cour Suprême. C'est le cas dans l'affaire « *Sachs* »⁵⁵ où une demanderesse souhaitait obtenir réparation d'un accident corporel survenu en Autriche par les tribunaux américains. Elle arguait la présence d'un lien territorial du fait qu'elle avait procédé à l'achat en ligne du billet autrichien alors qu'elle était sur le territoire américain. La Cour Suprême a invalidé ce raisonnement car l'argument n'était pas en lien avec le fait principal et générateur du préjudice.

Dès lors le droit international se trouve dans une position contradictoire. Il présente des pistes de réponses que la compliance utilise et fournit un cadre intéressant pour sa mise en œuvre. Mais les difficultés pratiques complexifient grandement la création d'un instrument international qui soit à la fois harmonieux et adapté à chaque Etat. De plus, le droit international cautionne l'application extraterritoriale de mécanismes de compliance interne. Il en résulte un risque superposition de dispositifs non hiérarchisés entre eux qui viendraient obstruer l'activité des entreprises transnationales. Fort heureusement la compliance est une notion jeune qu'il est encore possible de maîtriser sur le plan du droit international. Mais elle ne peut l'être qu'à raison d'une volonté commune des Etats.

§2) L'émergence d'une consécration internationale de la compliance

La communauté internationale n'a pas attendu la compliance pour aborder certaines grandes problématiques qui en font partie intégrante. Cependant la notion a acquis un certain statut auprès des Etats qui ont mené des politiques de compliance (au niveau interne mais aussi supranational dans le cadre de l'Union Européenne). Elle est désormais légitime pour résoudre

⁵⁵ Cour Suprême des Etats-Unis, 1^{er} Décembre 2015, Affaire OBB Personenverkehr vs Sachs, cité par le rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine précité, p. 66

une grande variété de problématiques issue de l'économie mondialisée et beaucoup d'Etats en font la promotion tant et si bien que par une résolution 26/09 du 14 Juillet 2014 lors de sa 26^{ème} session, le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU a décidé de « *l'élaboration d'un instrument international contraignant sur les sociétés transnationales et les autres entreprises commerciales en matière de droits humains* »⁵⁶ étant précisé que l'expression « autres entreprises » désignent « *toutes les entreprises dont les activités opérationnelles ont un caractère transnational* »⁵⁷. A cette fin, la résolution a créé un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé de réfléchir sur le projet. Le groupe de travail s'est réuni à l'occasion de trois sessions de travail dont les rapports ont été publiés.

Afin de mener à bien ce projet, il semble nécessaire de s'appuyer sur des précédents. Le cas du Protocole de Kyoto⁵⁸ adopté le 11 Décembre 1997 à l'occasion de la COP3 (« *Conference Of the Parties* », la conférence des parties tenue dans le cadre de la Convention Cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques qui compte aujourd'hui 196 Etats et l'Union Européenne) synthétise à lui seul la tension entre faiblesse et forces du droit international dès qu'il est question de grands objectifs communs. En l'occurrence il était prévu de réduire les émissions de gaz à effet de serre entre 2008 et 2012 de 5% par rapport au niveau constaté en 1990⁵⁹.

Dans le but de rallier un maximum d'Etats à sa cause, le protocole opère un traitement différencié puisque les réductions d'émissions de gaz à effet de serres ne concernent que les pays développés et les pays en transition. Les pays en voie de développement n'ont quant à eux, pas d'obligation chiffrée. Certains pays développés ont pu bénéficier d'objectifs individualisés qui se trouvent en annexe du protocole (c'est le cas de l'Union Européenne). En ce sens le protocole déroge au principe d'égalité entre Etats souverains⁶⁰ au nom d'un « *droit au développement* »⁶¹. Pour les Etats assujettis à l'obligation de réduction, le protocole a prévu un « *mécanisme de flexibilité* » notamment en délivrant des « *permis d'émissions négociables* » qui vont permettre de maîtriser strictement la baisse d'émissions au niveau voulu plutôt que d'obliger toutes les entreprises à respecter des standards qui auraient mené à une baisse générale plus forte des émissions de gaz à

⁵⁶ [Lien de la résolution :https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement)

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Les informations fournies proviennent du [site](http://unfccc.int/portal_francoophone/historique/items/3293.php) de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) : http://unfccc.int/portal_francoophone/historique/items/3293.php

⁵⁹ Article 3 du Protocole de Kyoto à la CCNUCC

⁶⁰ Article 2 alinéa 1^{er} de la Charte des Nations Unies du 26 Juin 1946

⁶¹ Caroline London, « Le protocole de Kyoto : Enjeux et réponses communautaires », Environnement n°2, Février 2002

effet de serre. Il y a donc une adaptation de l'instrument international aux spécificités de chaque parti sans pour autant perdre de vue l'objectif général.

Le protocole a du ensuite être signé. Ayant fait l'objet d'âpres négociations et de vives polémiques selon les Etats, les signatures sont intervenues au compte-goutte. Même dans le cas des 84 pays⁶² ayant signé le protocole dès que possible (entre 1998 à 1999), beaucoup ont eu des difficultés afin de le ratifier et lui donner un réel effet puisque seulement 36 Etats « pollueurs » l'avaient ratifié lors de son entrée en vigueur, le 16 Février 2005. Les Etats les plus pollueurs dont la plupart sont membres de l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (OPEP) ont quant à eux mené une véritable fronde. Les Etats Unis (à l'époque responsable de 22% des émissions de CO₂)⁶³ ont par exemple signé le Protocole le 12 Novembre 1998 sous l'administration Clinton alors que le Sénat avait adopté une résolution excluant toute signature ou ratification à l'unanimité (95 voix à 0)⁶⁴. Sous Georges W. Bush, les Etats-Unis se sont ensuite « retirés » (ne pouvant annuler la signature, il s'agit en réalité d'une dénonciation qui ne fait qu'officialiser l'opposition de l'Etat au Protocole) en 2001 avant même que celui-ci n'entre en vigueur. Ils ont réitéré ce refus de ratification en 2005 mettant en doute la réalité du réchauffement climatique et refusant le principe même d'objectifs chiffrés. Enfin les pays comme la Chine, le Brésil ou l'Inde ont connu un développement sans précédents quelques années après la signature du protocole alors même qu'il ne leur applique aucun objectif chiffré. La Chine, devenu premier pays responsable d'émissions de CO₂ en 2006 avec un taux de 21%⁶⁵ se retrouve donc sans réelles contraintes.

Ces éléments nuisent à l'effectivité de la Convention et montrent le manque de réactivité des traités internationaux du fait de la lourdeur des négociations. Cependant d'un point de vue général il produit des résultats encourageants. En 2018, le protocole compte 192 parties (191 Etats et l'Union Européenne) et possède un comité de contrôle complet des objectifs chiffrés adopté à l'occasion de la COP 7 à Marrakech en 2001⁶⁶. Tout Etat n'ayant pas respecté ses engagements s'expose à de lourdes sanctions financières infligées par un « *groupe d'exécution* ». Cependant, conscient que la réalisation des objectifs devait être une priorité et que les sanctions

⁶² Site de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, [Onget Etat de la ratification](http://unfccc.int/portal_francoophone/essential_background/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/3346.php) : http://unfccc.int/portal_francoophone/essential_background/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/3346.php

⁶³ Selon les données publiées sur le [site de la Banque Mondiale](https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/EN.ATM.CO2E.KT?contextual=emissions-by-gas&end=1998&locations=US-1W&start=1998&view=bar) : <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/EN.ATM.CO2E.KT?contextual=emissions-by-gas&end=1998&locations=US-1W&start=1998&view=bar>

⁶⁴ Résolution S.Res.98 du 6 Décembre 1997 publiée sur [le site du Sénat](https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-resolution/98) des Etats-Unis : <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/senate-resolution/98>

⁶⁵ Selon les statistiques publiées par la Banque Mondiale, voir note n°37

⁶⁶ Décision 24/CP.7 des Accords de Marrakech confirmée par la décision 27/CMP.1

ont tendance à être perçues comme suffisamment compensatoire par les Etats, un réel système de compliance est mis en place. En effet, un « *groupe de facilitation* » intervient avant la sanction afin d'obtenir la coopération de l'Etat une baisse de l'émission de gaz à effet de serre. En cas de non-respect des préconisations ou d'échec des négociations, une sanction pourra être adoptée. Ainsi en matière de compliance le rôle punitif de la sanction est relégué au second plan et n'exonère pas l'Etat de l'obligation de respecter ses objectifs. Le système est convaincant puisque lors du sommet de Doha en 2012, il a été décidé de prolonger les engagements souscrits à l'occasion du Protocole de Kyoto de 2013 à 2020.

Enfin les « *Accords de Paris sur le Climat* » adoptés le 12 Décembre 2015 lors de la COP 21 ont connu un réel succès, puisque 196 des 197 parties que compte l'ONU l'ont actuellement signé⁶⁷ ce qui en fait un des textes internationaux les plus largement et rapidement signés malgré le retrait des Etats-Unis annoncé par Donald Trump le 1^{er} Juin 2017⁶⁸. L'instrument est lui aussi juridiquement contraignant et a fixé l'objectif d'une limitation du réchauffement climatique à moins de 2 degrés par rapport aux niveaux préindustriels. Au 1^{er} Avril 2018, 175 parties ont d'ores et déjà ratifié les accords dont la Chine.

Dans le cadre du projet de création d'un instrument juridiquement contraignant pour les sociétés transnationales, les trois réunions du groupe de travail intergouvernemental (qui accueillent aussi des experts et des ONG dans leurs débats) s'inscrivent dans la continuité de ces exemples afin d'assurer l'efficacité du dispositif.

Dès son premier rapport publié le 5 Février 2016 par le Comité des Droits de l'Homme à l'occasion de l'Assemblée Générale des Nations Unies, le groupe de travail a fixé les objectifs de l'instrument. Le but est de créer un « *contre-pouvoir capable de canaliser l'influence des sociétés* »⁶⁹ dans une optique de « *régulation mondiale* ».

Les discussions s'inscrivent dans une logique de compliance en prévoyant des moyens variés permettant d'atteindre l'objectif visé en coopération avec les sociétés transnationales. L'instrument doit prévoir des mécanismes de « *prévention, d'atténuation et de réparation* »⁷⁰. Les sanctions n'ont pas un simple caractère punitif mais s'imbriquent dans un système dont la finalité est le respect des principes énoncés. Cependant l'Etat sera aussi reconnu responsable en cas de

⁶⁷ Les signatures ont été ouvertes le 22 Avril 2016 pour une entrée en vigueur le 4 Novembre 2016

⁶⁸ Ce retrait ne pourra avoir lieu qu'au 4 Novembre 2020 car l'article 28 des Accords de Paris autorise une « *dénonciation* » 3 ans après son entrée en vigueur, effective 1 an après le dépôt de la dénonciation

⁶⁹ Point 55 du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

⁷⁰ Paragraphe F du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

défaut de protection de ses citoyens face aux actes des entreprises. C'est donc un double niveau de compliance qui est susceptible d'être mis en place pour qu'aucun Etat ne se montre complaisant à l'égard d'une société transnationale méconnaissant les droits de l'homme sur son territoire. L'organe de contrôle (possiblement une « *Cour internationale sur les sociétés transnationales et les droits humains* »⁷¹) pourrait donc mettre en œuvre des moyens pour obtenir la coopération des sociétés mais aussi des Etats. Enfin, le traité compte créer une obligation aussi bien pour les Etats que les sociétés de prévoir des mécanismes de compliance internes qui viendraient se superposer au dispositif prévu par l'organe de contrôle. Cela permet de créer un véritable « cercle vertueux », notion importante pour que la compliance puisse s'appliquer pleinement.

Il est aussi précisé que « *l'instrument devrait couvrir les situations dans lesquelles des sociétés transnationales et autres entreprises ayant des activités transnationales pouvaient se soustraire à leurs responsabilités en matière de droits de l'homme pour des motifs de compétence* »⁷². Il est donc question de renforcer l'administration de la justice dans tous les Etats afin que les sociétés transnationales cessent d'agir en toute impunité en raison d'un vide juridique quant à la compétence territoriale des Etats. A ce titre, les Etats devront garantir l'accès à la justice au moyen d'un recours efficace, tandis que les juridictions nationales devront prévoir des « *garanties de non-répétition* »⁷³ à l'endroit des sociétés condamnées afin que les violations ne puissent pas reprendre. La nature même des droits est discutée, certaines ONG proposent par exemple d'inscrire des droits de troisième génération tels que le « *droit à l'alimentation et à la nutrition* »⁷⁴ ou encore le droit au développement.

Ces débats enrichissants laissent présager, s'ils se concrétisent, un instrument complet et efficace. Le rapport de la 3^{ème} session du groupe de travail intergouvernemental du 23 au 27 Octobre 2017 marque un nouveau tournant en annonçant une 4^{ème} session en 2018 au cours de laquelle un projet de texte sera présenté et mis à la négociation.

Une aspiration finale sous-tend cette action. Il s'agit de l'espoir d'une convergence d'action entre droit international et les systèmes internes. A cette fin le groupe de travail rappelle plusieurs fois la nécessité d'encourager les Etats à prévoir des dispositifs nationaux « *concernant les entreprises et les droits de l'homme* »⁷⁵ et à engager une coopération entre eux en citant expressément

⁷¹ Point 9 du document récapitulatif des deux premiers rapports du groupe de travail intergouvernemental

⁷² Point 78 du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

⁷³ Point 6 du document récapitulatif des deux premiers rapports du groupe de travail intergouvernemental

⁷⁴ Point 32 du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

⁷⁵ Point 38 du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

l'exemple de l'Union Européenne qui supervise les mécanismes de régulation et de compliance⁷⁶. La compliance doit, tout comme les problématiques qu'elle traite, être globale et inonder tous les rapports internes et externes des Etats.

Chapitre 2 : Le déploiement de la compliance par des moyens juridiques diffus et communs

L'étude des buts poursuivis par la compliance ont permis d'aborder succinctement les moyens par lesquels la compliance s'intègre dans le paysage juridique. Ce second chapitre les traite avec plus de précision.

La première section permettra d'explicitier le lien évident qu'entretient la compliance avec la notion de régulation. En tant qu'épiphénomène de la régulation, la compliance a hérité de son dynamisme et de la grande diversité de ses modes d'action et les a même renouvelés, ce qui en constitue sa force principale. Cette diversité assure une grande efficacité à tous les niveaux que ce soit en posant un cadre législatif général mais surtout en contrôlant directement et en profondeur l'action des opérateurs concernés grâce au droit souple. Le tout forme un dispositif cohérent dans lequel chaque élément joue son rôle tout en intervenant au soutien des autres. Ce dispositif global déjà présent dans le cadre de la régulation est accentué dans le cas de compliance si bien que certains y voient une autonomisation de la notion. La compliance valorise la coopération bilatérale comme méthode d'action et constitue une nouvelle méthode de régulation pour les autorités de régulation. (*Section 1*).

L'accent sera enfin mis sur une caractéristique fondamentale de la compliance qui n'est pas un moyen formel mais qui influe sur sa nature et son contenu. Car si le chapitre précédent a démontré que la compliance a une visée internationale, il n'a pas insisté sur la principale conséquence de cet objectif qui fait de la compliance un droit intrinsèquement lié à une convergence des droits nationaux vers un standard de compliance. Cette convergence s'opère à la fois « naturellement » si l'on compare les dispositifs nationaux existants du fait d'une idéologie commune sous-tendue par la notion de compliance elle-même, mais elle se concrétise avec plus d'acuité dans l'exemple de l'Union Européenne qui agit pour une uniformisation des ordres juridiques internes quant aux finalités et au régime de la compliance (*Section 2*).

Section 1 : Une diversité d'outils internes hérités du droit de la régulation

Il ne fait pas de doute que c'est le phénomène régulateur qui a façonné la compliance. Elle en garde par ailleurs la plupart des traits en termes de moyens c'est-à-dire « *un ensemble*

⁷⁶Point 39 du premier rapport du groupe de travail intergouvernemental

d'instruments variés choisis de façon pragmatique »⁷⁷. La régulation s'est elle-même distinguée par son utilisation quasi-systématique de moyens souples qui permettent d'adapter la norme juridique aux spécificités de l'activité de régulation tout en déployant ses outils de la plus petite échelle à la plus grande. Elle adapte le contenu et le degré de respect des règles. Ces moyens sont aussi adaptés aux destinataires qu'aux émetteurs que sont les autorités de régulation. En effet les moyens dits « rigides », de législation classique permettent surtout de poser un cadre général à l'action des autorités de régulation (§1).

Pour autant si la notion de compliance est contenue dans celle de régulation, elle la dépasse dans ses modes opérationnels en développant de nouveaux moyens d'action. La compliance favorise une intervention « *ex-ante* » (au préalable) avec l'idée de pouvoir empêcher la possibilité même de porter atteinte aux droits humains. Pour autant elle ne délaisse pas l'intervention « *ex-post* » (après les faits) afin de réprimer les éventuelles violations. Elle laisse aussi une plus grande liberté aux opérateurs économiques dans la définition des règles du marché, tout en gardant le statut de référent dont jouit l'autorité indépendante en tant qu'institution qui reste pertinente comme gestionnaire du secteur. S'il est trop tôt pour affirmer de manière péremptoire que la compliance s'autonomise par rapport à la régulation, la question mérite d'être posée (§2).

§1) La prédominance logique de moyens de droit souple dans la mission de régulation

La mission de régulation doit être entendue comme « *la gestion efficace des défaillances techniques, provisoires ou définitives des marchés* »⁷⁸. Un marché non défaillant se définit à l'aune de la doctrine libérale comme un marché où la concurrence est libre, saine et non faussée. Cette facette est la plus marquée en France où le droit de l'Union Européenne a imposé progressivement le droit de la concurrence⁷⁹ malgré les résistances interventionnistes qui caractérisaient le modèle de l'Etat-Providencia français. Le modèle du régulateur public indépendant est apparu comme le meilleur moyen pour le pouvoir politique de remettre en cause « *la conception de l'organisation et des conditions d'exercice du pouvoir dans l'Etat* »⁸⁰ dans l'économie sans pour autant exclure entièrement l'Etat de l'économie. Elle s'est matérialisée tout d'abord par des autorisations législatives de création d'autorités administratives de régulation indépendantes. C'est donc par des moyens classiques, dictés par le respect de la hiérarchie des normes que ces autorités indépendantes sont

⁷⁷ Pascale Idoux & Jean-Philippe Colson, *Droit Public Economique* 8^{ème} Edition, LGDJ

⁷⁸ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.1

⁷⁹ Dès le règlement n°17/62 qui donna compétence à la Commission Européenne pour apprécier la conformité des opérations réalisées par les entreprises de la communauté

⁸⁰ Etude annuelle du rapport du Conseil d'Etat « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 2001p.259

apparues. La législation n'intervient d'ailleurs bien souvent que pour consacrer les autorités et rarement au soutien de leurs actions. La dénomination d'autorité « administrative » peut laisser entendre que les pouvoirs qui leur seront conférés sont limités.

Cependant force est de constater que c'est la liberté laissée aux autorités indépendantes de régulation dans l'utilisation de leurs pouvoirs qui est venu assurer la légitimité de leur action. Cette liberté est tirée du fait que le législateur impose plus aux autorités de régulation « *la mise en œuvre effective d'objectifs assignés à l'action publique que le respect formel des normes juridiques* »⁸¹, idée soutenue par le doyen Carbonnier pour qui « *le droit est plus grand que la règle de droit* »⁸².

L'autre source de légitimité est inhérente à la nature des moyens d'action eux-mêmes. Il a pu paraître complexe de doter de pouvoirs suffisamment efficaces ces autorités car la mission de régulation implique qu'elles agissent « *à tous les stades du processus économique* »⁸³, en utilisant « *tous les leviers de l'action économique* »⁸⁴. Afin de mettre fin à une prédominance ostensible de l'Etat, et pour pallier au manque de légitimité démocratique des autorités « *l'efficacité doit être atteinte par les moyens les moins invasifs possible* »⁸⁵. Le problème est d'autant plus prégnant qu'au vu de la diversité de buts poursuivis selon le marché régulé, il était nécessaire de prévoir des moyens adaptables. C'est en prenant en compte cet ensemble de contraintes que le droit souple est apparu.

Le droit souple vient en premier lieu bousculer les conceptions formelles du droit, notamment le présupposé, selon lequel la norme la plus haute est celle qui assure le plus d'efficacité puisqu'elle a vocation à s'appliquer au plus grand nombre. Au contraire, le droit souple présente une faible normativité, quasi inférieure même à la valeur réglementaire, si bien que certains ont été jusqu'à lui contester sa qualité de droit (bien que cette position ne soit plus tenable depuis que la justiciabilité du droit souple a été reconnue par le Conseil d'Etat dans les arrêts Numéricable et Fairvesta)⁸⁶. Alexandre Viala décrit le droit souple comme un « *droit dépourvu de sanctions* »⁸⁷ en cas de violation de la norme contrairement au droit dur. De même le

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Jean Carbonnier, « Droit et non-droit », in *Flexible droit* 10^{ème} Edition, LGDJ, p.22

⁸³ Sophie Nicinski, *Droit public des affaires* 5^{ème} Edition, Précis Domat, p.42

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Conseil d'Etat Assemblée, 21 Mars 2016, Fairvesta International GMBH, n°368082 et CE Assemblée, 21 Mars 2016, Société Numéricable NC, n°390023

⁸⁷ Alexandre Viala, « Soft-law et droit naturel », Intervention au colloque de l'Université de Grenoble *Soft-law et droits fondamentaux* les 4 et 5 Février 2016

droit souple ne « *créé pas de droit et d'obligations* »⁸⁸, il vient seulement préciser la façon dont il convient d'appliquer et de respecter une règle de droit « dur ». Pour autant cela ne préjudicie pas son efficacité. Le droit souple prend le parti de jouer sur le « *soft power* », c'est-à-dire l'influence, le pouvoir de persuasion que détient la personne qui édicte les règles de droit souple et non pas la valeur formelle de la règle en elle-même. Ainsi les autorités indépendantes peuvent se borner à utiliser le droit souple, car en tant que gestionnaire du secteur elles détiennent souvent le pouvoir de retirer l'autorisation d'accès au marché. La menace d'un retrait d'agrément est en général suffisante pour assurer le respect de ces règles, le pouvoir de sanction peut ensuite intervenir en cas de manquements répétés. Un autre exemple récent de « *soft power* » est la pratique du « *name and shame* » (nommer et couvrir de honte) qui consiste pour les autorités de régulation à citer publiquement les entreprises ne respectant pas les règles du marché. Cette pratique est tirée d'un principe non-écrit « *se conformer ou s'expliquer* » et est régulièrement utilisée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)⁸⁹.

Le droit souple remplit par ailleurs une fonction spéciale au sein de l'ordre juridique. Comme le souligne Jean Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'Etat, en ouverture de l'étude annuelle du rapport du Conseil d'Etat de 2013 dédié au droit souple : « *Le droit souple n'est donc pas la marque de la déliquescence de notre ordre juridique ; c'est plus simplement le signal de son adaptabilité* »⁹⁰. En effet « *il peut accompagner la mise en œuvre du droit dur comme il peut dans certains cas s'y substituer pour la mise en œuvre de politiques publiques suffisamment définies et encadrées par la loi* »⁹¹. Le droit souple permet surtout aux personnes publiques d'innover les façons par lesquels le droit est respecté ce qui implique de porter une plus grande responsabilité. Dans le cas des autorités indépendantes de régulation, l'utilisation du droit souple pour gérer et façonner le secteur prend donc tout son sens en ce qu'il permet de s'adapter à ses particularités intrinsèque mais aussi à celles qui peuvent se révéler au cours de son existence tout en individualisant l'application des règles de droit. Dès lors le droit souple procure une adaptabilité temporelle et matérielle suffisante pour que l'autorité de régulation puisse continuer à réguler le secteur sans pour autant devoir réclamer une évolution législative qui ne saurait intervenir assez rapidement et serait sans doute insuffisamment précise et adaptés aux spécificités sectorielles. Enfin le droit souple marque avant tout l'arrivée du pragmatisme au sein du droit. Ce pragmatisme est au centre de la compliance en ce qu'elle se veut réactive et adaptable. Le droit souple est donc la meilleure

⁸⁸ Etude Annuelle du Rapport du Conseil d'Etat, « Le droit souple », EDCE, 2013 p.6

⁸⁹ Autorité des Marchés Financiers, « Etude comparée : les codes de gouvernement d'entreprises dans 10 pays européens », 30 Mars 2016, p.24

⁹⁰ Etude Annuelle du Rapport du Conseil d'Etat, « Le droit souple », EDCE, 2013 p.6

⁹¹ *Ibid.*, p. 5

solution. Il est donc logique que des autorités créées par la loi dans le but de réguler un secteur, c'est-à-dire un objectif relativement vague qui peut être atteint par une multitude de moyens, fassent usage du droit souple car celui-ci lui laisse un nombre satisfaisant de possibilités.

Le secteur bancaire est un exemple topique. Ce secteur est géré par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR), autorité administrative créée en 2010 et rattachée à la Banque de France (elle a perdu son statut d'AAI par l'article 24 de la loi du 20 Janvier 2017). Ce marché requiert, par sa nature, des exigences renforcées quant à la sécurité des données des clients qui y circulent. Le vol de données bancaires à l'ère de la dématérialisation est un danger réel qui, s'il n'est pas empêché à grande échelle par des systèmes de protection avancés, peut conduire à des failles importantes et à un effondrement du système.

L'ACPR a donc dû prévoir un corps de règles « *ex-ante* » (au préalable) et « *ex-post* » (après les faits). Cette distinction selon le temps d'intervention est issue de Marie-Anne Frison-Roche⁹². Les règles « *ex-ante* » assurent le respect des obligations générales de sécurité du stockage de données. A ce titre l'ACPR prévoit un régime d'autorisation d'accès des opérateurs au secteur (qui doivent justifier d'un niveau de sécurité suffisant) et discute avec les opérateurs agréés l'édiction de règles professionnelles visant à protéger la clientèle en plus du respect des dispositions législatives et des normes européennes. Elle en supervise également la mise en œuvre. Cependant l'ACPR peut et doit intervenir au moindre dysfonctionnement du marché, quel que soit son importance. C'est par ailleurs l'une de ses attributions principales car elle a été créée pour mieux gérer une éventuelle réplique de la crise de 2008. Elle va pour cela utiliser des moyens « *ex-post* » afin de rétablir le fonctionnement du marché. Elle peut prendre des instructions afin de montrer comment résoudre une problématique courante apparue du fait de nouvelles pratiques. Elle rend par ailleurs des avis que ce soit de sa propre initiative ou à la demande d'un opérateur afin de suivre les évolutions du marché. Dans le cadre répressif elle dispose d'un pouvoir de sanction qui joue un rôle plutôt dissuasif. Elle dispose en effet de nombreuses alternatives à la sanction telles que les transactions ou encore la procédure de clémence qui exonère d'amende un opérateur qui aurait fourni des informations sur une éventuelle infraction d'autres opérateurs sur le marché.

Pour autant établir une typologie des moyens de droit souple est vain et peu pertinent, le plus important est d'entrevoir les possibilités qu'ils offrent dans le cadre de la mission de régulation. Or la régulation est étroitement liée à la compliance si bien que le droit souple y remplit les mêmes fonctions d'adaptabilité de la règle que ce soit au niveau temporel ou matériel ainsi qu'une fonction d'efficacité. La doctrine est unanime sur l'existence de lien entre les deux

⁹²Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.5

notions mais ne s'accorde pas entièrement sur sa nature. Pour Benoît de Juvigny, secrétaire général de l'AMF, la compliance est le « *bras armé de la régulation* »⁹³ en ce qu'elle permet à la culture d'entreprise d'intégrer la logique régulatrice et ses valeurs. La compliance apparaît en effet à bien des égards comme véhiculant des valeurs découlant de la régulation, elle serait alors une conséquence de l'installation de la logique régulatrice dans le droit public économique. Pour Marie-Anne Frison-Roche, la compliance est dans le « *prolongement* »⁹⁴ de la régulation car elle implique l'élaboration de « *buts fondamentaux* » par les autorités de régulation, qui seront ensuite internalisés (ou « *endogénéisés* »⁹⁵) au sein des « *opérateurs cruciaux* ». Plus largement, la compliance serait un vecteur d'humanisation de la régulation puisque les règles applicables ne sont plus seulement de nature économique. Jean-Bernard Auby parvient à englober les deux positions précédemment exposées en assimilant la « *compliance comme une forme de régulation* »⁹⁶. Cette position est idoine car elle permet de couvrir le large champ de la régulation et d'admettre qu'il faut intégrer la compliance dans la mission régulatrice afin que cette dernière puisse demeurer pérenne et adaptée au contexte économique et social.

Enfin, le droit souple est un outil pour les entreprises destinataires, « *C'est là l'une des caractéristiques les plus remarquables du droit souple que de pouvoir être produit par n'importe quel acteur, indépendamment de sa nature juridique* »⁹⁷. Or, « *Le phénomène est loin d'être marginal ; la vie des entreprises semble au contraire être le domaine d'élection du droit souple* »⁹⁸. La compliance vient justement permettre à l'autorité publique de réinvestir ce terrain laissé à l'appréciation libre des entreprises, afin de le façonner à sa convenance.

§2) L'autonomisation progressive de la compliance comme méthode propre de régulation

La compliance implique une stratégie de coopération avec les opérateurs du secteur concerné, ce qui oblige les autorités de régulation à persister dans l'utilisation du droit souple car il est le meilleur moyen de préciser les objectifs généraux aux opérateurs et d'en superviser la

⁹³ Benoît De Juvigny, « La compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.17

⁹⁴ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.7

⁹⁵ Selon Benoît De Juvigny, « La compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.18

⁹⁶ Jean-Bernard Auby, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.104

⁹⁷ Jacky Richard, Laurent Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », *Droit Social*, 2014.400

⁹⁸ *Ibid.*

réalisation. A cette fin, les autorités de régulation mettent en place des « dispositifs de conformité ». Il s'agit du moyen privilégié par lequel les autorités de régulation vont appliquer concrètement les exigences qui découlent de la compliance. Ces dispositifs se démarquent des méthodes classiques de régulation car elles expriment tous les préceptes qui guident la compliance, ce qui a pour conséquence d'impliquer plus fortement les entreprises dans la mission de régulation, et donc de favoriser une utilisation novatrice des moyens de droit souple. En ce sens la compliance ouvre des champs nouveaux dans les possibilités offertes par les instruments souples.

Le dispositif de compliance désigne le système qui permet d'internaliser les objectifs que les opérateurs devront respecter et de définir d'une part les règles, de l'autre les critères de contrôle utilisés aussi bien par les autorités de régulation que par l'entreprise. Le dispositif est conçu à l'aide d'« outils de conformité » propres à la compliance. Ces outils sont nombreux et ont une valeur variable selon le but du dispositif et la qualité de ceux qui en édictent les règles. Comme le précise Luc-Marie Augagneur : « *En réalité, les dispositifs de compliance ne permettent pas de dégager de valeur juridique uniforme. Au contraire, l'originalité de leur production normative se traduit par des degrés variables d'impérativité qui dépendent de différents facteurs* »⁹⁹. Le dispositif s'étend donc de la législation qui crée l'obligation de prévoir le dispositif, aux moyens de droit souple qui précisent les comportements attendus au sein du secteur régulé, jusqu'aux règles privées qui prévoient la stratégie de l'entreprise pour se trouver en conformité avec l'ensemble de ces actes.

Sa réussite repose sur la confiance entre l'autorité de régulation du secteur et les opérateurs. Plusieurs étapes principales peuvent être définies dans la construction d'un dispositif de conformité sans pour autant être obligatoires eu égard à la diversité des méthodes utilisées et des buts poursuivis. Ces étapes sont interdépendantes car chacune détermine les autres en créant une réelle continuité. Par exemple, la définition et la portée de l'objectif influera sur la nature et le nombre d'outils qui seront utilisés pour contrôler et assurer le respect de ces mêmes objectifs.

Le dispositif devra tout d'abord être dédié à la réalisation d'objectifs. Il faut pour cela définir le ou les objectifs qui lui seront rattachés. Cette définition est l'apanage quasi exclusif du législateur. Ces objectifs sont relativement larges afin de laisser l'autorité de régulation les préciser. En effet, l'autorité a une vision d'ensemble du secteur et détient la compétence pour le réguler. Mais il n'est pas exclu qu'elle fasse appel à une participation des opérateurs du secteur qui peuvent exprimer leur vision et mettre en lumière des dysfonctionnements. Les objectifs seront

⁹⁹ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

forcément liés, ne serait-ce qu'indirectement au respect des droits et libertés fondamentales. Ils sont parfois inhérents à la compétence des autorités. A titre d'exemple, le code monétaire et financier donne pour mission à l'ACPR de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme¹⁰⁰. Il s'agit d'un objectif de compliance puisqu'il participe à la prévention d'atteinte aux biens et aux personnes.

L'autorité, en concertation avec les opérateurs devra ensuite définir le contenu des règles applicables. Ces règles peuvent être générales mais informeront toujours sur ce que les procédures ou les programmes de compliance interne devront comporter pour respecter l'exigence. Ces procédures sont étroitement liées à l'objectif assigné et devront être adaptées. C'est en cela que la compliance « internalise » les objectifs au sein d'une entreprise. Les procédures de compliance ont pour priorité de détecter tout risque de violation avant sa réalisation et de l'éliminer. Il s'agit donc d'interventions *ex-ante* afin d'éviter que le manquement ne se produise. Ces fonctions sont assurées au sein des entreprises par les « *compliance officers* » (responsables de la conformité). Il s'agit d'une étape critique car pour assurer que l'objectif sera réalisé, le régulateur devra parfois prendre des mesures supplémentaires. C'est le cas de l'AMF qui conditionne la délivrance de l'agrément nécessaire à l'accès au marché financier français à la présence et à la qualité des procédures de compliance internes des entreprises candidates¹⁰¹. De plus, dans sa position n°2012-17 « Exigences relative à la fonction de conformité », l'AMF a énoncé 11 orientations générales qui forment un socle irréductible d'exigences de conformité pour toute entreprise du secteur. Les autorités utilisent donc leurs pouvoirs normatifs et d'agrément au soutien des dispositifs de compliance.

Aux côtés de ces procédures de compliance internes, il faut ensuite définir les critères de contrôle permettant de mesurer le degré d'accomplissement de l'objectif. A nouveau la compliance va favoriser tout d'abord un contrôle interne à l'entreprise. Les responsables de conformité devront donc rendre des comptes à l'autorité et s'assurer de ne pas perdre de vue les objectifs. La plupart du temps les responsables de conformité rendront un rapport à l'autorité. Cette méthode marque à nouveau la confiance qu'accorde l'autorité de régulation aux opérateurs puisqu'aucun contrôle de la véracité du rapport n'est obligatoire bien que l'autorité pourra faire usage de ses pouvoirs d'enquêtes ou pourra demander la communication d'informations supplémentaires. Enfin le régulateur peut lui-même prendre l'initiative de fixer les critères de mesure et exercer lui-même le contrôle. Ce sera notamment le cas dès que ceux-ci pourront être chiffré. Le meilleur exemple se trouve en matière de compliance environnementale où l'impact

¹⁰⁰ Article L.561-36 et suivants du Code Monétaire et Financier

¹⁰¹ Article 313-1 et suivants du règlement général de l'AMF

d'une entreprise sur l'environnement peut être aisément calculé et ainsi, être mesurée par l'autorité.

Enfin il est nécessaire de prévoir les mesures qu'adoptera l'autorité de régulation en cas de manquement. Il convient tout d'abord de préciser que la règle prévoyant la sanction ne peut jamais être prévue par la norme de droit souple, mais ces actes pourront être utilisés pour éclairer les débats. Les opérateurs contestent, parfois à raison, le fait que ces actes de droit souple, censés ne créer aucun droit ni obligation, restent extrêmement prescriptifs, et que, ne pas les respecter, revient à s'exposer à une procédure de sanction. Cependant, le pouvoir répressif ainsi que le manquement réprimé est toujours défini par la loi, l'acte de droit souple n'est utilisé que pour individualiser les règles sans pour autant en créer de nouvelles, bien la frontière soit parfois ténue.

Dans l'optique de souplesse qui caractérise la compliance, la sanction ne doit être utilisée qu'en dernier recours et joue un rôle dissuasif. L'autorité élabore une réelle échelle de mesures qu'elle adaptera au niveau de gravité du manquement. A cet égard les autorités font preuve d'inventivité afin de contraindre sans pour autant mettre en œuvre des moyens trop coercitifs. Le but est de s'assurer que les entreprises réaliseront les objectifs en utilisant des moyens souples tels que les auto-saisines pour avis ou les prises de position. Cependant elles peuvent aussi blâmer les entreprises, ce sera le cas de la méthode du « *name and shame* » précédemment évoquée.

Dans un registre plus flexible le régulateur peut utiliser la méthode « *comply or explain* » (se conformer ou s'expliquer). Cela désigne le fait pour une entreprise qui s'applique un ensemble de règles non-obligatoires, de devoir s'expliquer publiquement si elle compte déroger à l'une de ces règles. Le code AFEP-MEDEF créé en 1995 est un ensemble de recommandations émanant de ces deux associations privées en matière de gouvernance d'entreprise. En vertu des articles L. 225-37 alinéa 2 et L.225-68 alinéa 2 du code du Commerce, les entreprises peuvent annoncer leur volonté de s'appliquer le code AFEP-MEDEF¹⁰². En son sein, le code oblige les entreprises à faire le bilan de l'application du code dans leur rapport annuel. En cas de non application, il prescrit que « *L'explication à fournir lorsqu'une recommandation n'est pas appliquée doit être compréhensible, pertinent et circonstanciée. Elle doit être étayée et adaptée la situation particulière de la société et indiquer, de manière convaincante, en quoi cette spécificité justifie la dérogation. Elle doit indiquer les mesures alternatives adoptées le cas échéant, et décrire les actions qui permettent de maintenir la conformité avec l'objectif poursuivi par la disposition concernée par le code.* »¹⁰³. Depuis 2013, un Haut Comité de gouvernement d'entreprise est chargé de contrôler la véracité et la pertinence de ces explications. Bien que cet exemple se situe dans le cadre de règles et de régulation privée les régulateurs publics s'intéressent à cette

¹⁰²Préambule du Code AFEP-MEDEF, Novembre 2016, p.5

¹⁰³Paragraphe 27.1 du code AFEP-MEDEF, Novembre 2016, p.33

pratique puisque l'AMF publie dans son rapport annuel sur le gouvernement d'entreprise¹⁰⁴ des recommandations sur les évolutions qu'il convient d'apporter au code AFEP-MEDEF. C'est aussi le cas de l'Autorité Bancaire Européenne (l'ABE) chargée de superviser les autorités de régulation bancaires des membres de l'UE. En vertu du mécanisme de supervision unique, les autorités de régulation bancaires nationales doivent déclarer se conformer ou non aux lignes directrices édictées par l'ABE et s'en expliquer en cas de refus. Cette mesure rejoint la philosophie de la compliance en obligeant les entreprises à faire publiquement preuve de transparence sans pour autant se voir appliquer systématiquement une sanction financière ou particulièrement punitive.

Pourtant il est nécessaire de préciser que le régulateur détient l'« *ultima ratio* » (le dernier argument) par ce pouvoir de sanction, qu'il se matérialise par une amende ou par un retrait d'agrément. Bien que la compliance concentre ses efforts sur l'utilisation de moyens souples, il ne faut pas occulter qu'elle tire sa légitimité et sa force de persuasion de l'arsenal des pouvoirs répressifs des autorités de régulation et qu'il n'est pas exclu qu'elles utilisent des moyens rigides pour imposer un dispositif de compliance au secteur. Ce sera le cas surtout s'il règne un manque de confiance entre les opérateurs et le régulateur ou alors si celui-ci sent le besoin d'affirmer sa légitimité. Pour Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la Concurrence (ADLC), le prononcé de sanctions pécuniaires « *constitue le premier levier dont doivent utiliser les autorités de concurrence pour gagner en crédibilité* »¹⁰⁵. Ce sera aussi le cas lorsque l'objectif revêt un intérêt général particulier ou traite de grandes problématiques qui doivent être appliquées au plus grand nombre : c'est le cas de la loi « Sapin II » du 10 Décembre 2016¹⁰⁶ dont l'article 17 exige que les dirigeants d'entreprise française employant au moins 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaire d'au moins 100 millions net d'euros par an « [prennent] *les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission [...] de faits de corruption ou de trafic d'influence* »¹⁰⁷. Cela n'empêche pas la loi de prévoir des outils de compliance puisque le II du même article précise que les entreprises peuvent utiliser des « *codes de conduite* », « *cartographie des risques* », « *procédure d'évaluation de la situation des clients* »¹⁰⁸.

L'étude de ces dispositifs de compliance permet de tirer des conclusions plus précises quant à la relation qu'elle entretient avec la notion de régulation. La régulation traduit toujours en

¹⁰⁴ Article L.621-18-3 du Code Monétaire et Financier

¹⁰⁵ Bruno Lasserre, « Concurrence et bien public à travers la compliance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p. 37

¹⁰⁶ Loi n°2016-1691 du 16 Décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Loi Sapin II »

¹⁰⁷ Article 17 I de la loi Sapin II

¹⁰⁸ Article 17 II-1° à 3° de la loi Sapin II

filigrane le règne de l'Etat, ou du moins de la personne publique, tandis que la compliance admet plus ostensiblement que les acteurs du marché sont interdépendants en laissant une plus grande place aux opérateurs privés. Pour autant, la compliance ne traduit pas un effacement de la personne publique car l'autorité de régulation reste le référent et le gestionnaire du réseau. L'utilisation renouvelée des moyens de droit souple et la participation des opérateurs privés permettent aux autorités de régulation de faire un usage moins systématique de leurs pouvoirs répressifs que dans le cadre de la régulation classique. La priorité donnée aux interventions « *ex-ante* » vise à éviter la possibilité même de violation des règles de conformité et donc de fait, éviter de sanctionner l'opérateur. Pour autant le régulateur sait qu'il peut et doit utiliser son pouvoir de sanction avec vigueur en cas de violation eu égard à la nature des droits que protège la compliance.

La compliance partage cependant bien trop de points communs avec la régulation pour s'en séparer pleinement. L'argument le plus persuasif est aussi le plus évident : ce sont les autorités de régulation qui garantissent le plus effectivement l'application des dispositifs de compliance. C'est pourquoi elle doit être vue comme une modalité de régulation, qui s'autonomise uniquement en tant que méthode propre de régulation. Certains auteurs tels que Jean-Bernard Auby défendent même que la compliance est une forme d'autorégulation dans le sens où le « *ressort [du] mécanisme régulé se trouve principalement du côté de l'activité régulée* »¹⁰⁹. Cette vision est corroborée par l'exemple du code AFEP-MEDEF, un corps de règle privée souple, mais orienté et supervisé par les autorités de régulation. La position de Luc-Marie Augagneur doit elle aussi être citée pour sa pertinence. Pour lui, la compliance « *part [...] de la particularité des contextes pour les faire converger vers un objectif* » et apparaît « *comme la traduction décentralisée de la régulation et comme une forme de réponse aux différentiels de normativité de façon à assurer une sécurité juridique suffisante* ».

Section 2 : La convergence des droits nationaux vers un standard unifié de compliance

Cette seconde section porte sur le développement de moyens internationaux de compliance. Au vue de la diffusion très récente de la notion à travers le monde, les moyens opérationnels sont encore en phase de gestation. Cependant les éléments de construction d'instruments internationaux de compliance permettent de décrire un mouvement certain de convergence des droits nationaux vers un standard de compliance.

Cette convergence est possible grâce à un modèle unique, une « idéologie de la compliance ». Pour mieux la comprendre, il est nécessaire de retourner à ses origines et aux

¹⁰⁹ Jean-Bernard Auby, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.104

raisons de sa création aux Etats-Unis. La victoire du modèle libéral américain a poussé de nombreux pays à adopter les mêmes méthodes puisque ces derniers se sont retrouvés face à des problématiques similaires. La convergence est le résultat de la globalisation de ces problématiques. Elle a conduit à un dévoiement du but originel de la compliance américaine marquée par l'individualisme, devenu désormais éminemment collectif. Le premier paragraphe consistera à démontrer cette convergence des droits nationaux dans le monde entier mais dénotera son caractère imparfait en raison de résistances de plusieurs natures (§1)

Ainsi le modèle d'une convergence mondiale est le plus adapté à la visée internationale de la compliance. A plus forte raison sa diffusion n'en sera que meilleure à mesure que l'ordre juridique supranational se trouvera dans une optique de coopération approfondie entre les Etat. L'exemple de l'action de l'UE en faveur de la compliance dans plusieurs secteurs doit être suivi pour un déploiement effectif de la notion. En s'appuyant sur ses spécificités, elle développe une méthode supranationale de compliance et assure une uniformisation aussi bien des finalités poursuivies que des moyens opérationnels. (§2)

§1) Une convergence des droits nationaux avérée mais inachevée

Le mouvement de convergence est inhérent à la compliance elle-même. En tant que réponse aux dérives de l'économie mondialisée, elle doit maintenir un certain nombre de similitudes entre les droits internes. Les divergences doivent strictement se limiter aux cas où l'adaptation aux particularismes nationaux est nécessaire pour maintenir la poursuite de ses objectifs. C'est d'ailleurs pour fixer ce minimum commun irréductible que l'instrument international de l'ONU est élaboré. Pourtant cette caractéristique ne paraissait pas évidente lorsque la compliance n'était appliquée que par les Etats-Unis.

Les Etats-Unis sont avant tout les premiers à avoir fait appel aux autorités de régulation indépendantes pour gérer les défaillances techniques des marchés. Ce fut le cas dès la « Grande Dépression » de 1929, grave crise bancaire. Afin qu'elle cesse, le président de l'époque Herbert Hoover, fait voter par le Congrès la loi du 22 Janvier 1932 qui crée la « *Reconstruction Finance Corporation* » (RFC). Il s'agit d'une « *agence* » fédérale indépendante du gouvernement américain, modèle repris par les autorités indépendantes en France et en Europe. Elle a été conçue afin de mettre en place une politique nationale contre la crise, car les divergences entre Etats fédérés empêchaient une réponse univoque. L'administration du président s'était accordée sur la nécessité urgente d'une intervention directe de l'Etat fédéral plutôt qu'une multitude d'actions isolées des

Etats fédérés¹¹⁰. Elle a été au centre de la populaire politique de recapitalisation bancaire du « *New Deal* » (Nouvelle Donne) du président Franklin Roosevelt puis a disparu en 1957. Son succès a permis la création d'autres agences indépendantes dans plusieurs domaines. Henry Paulson, secrétaire au Trésor et principal responsable du programme fédéral américain contre la crise de 2008 a, un temps, envisagé de recréer une telle agence bancaire.

Le modèle du régulateur indépendant vient donc des Etats-Unis mais remplit en plus de celui de gestionnaire du marché, un office harmonisateur. Cette situation prévaut toujours aujourd'hui car les Etats fédérés peuvent créer leurs propres agences indépendantes. Certaines agences fédérales remplissent donc un rôle de supervision à l'égard des agences fédérées, à l'image de l'Union Européenne qui crée des organes superviseurs des autorités de régulation étatiques tel que l'ABE dans le secteur bancaire.

La compliance a pourtant été pensée en dehors de l'activité de ces agences. Tout d'abord car elle est apparue dans un premier temps à l'initiative des entreprises privées. Elle n'a pas été directement incitée par les pouvoirs publics mais plutôt sous leur influence indirecte. Les entreprises privées organisait des programmes de compliance afin de se montrer scrupuleusement respectueux des règles en allant même au-delà afin d'éveiller des soupçons et de faire l'objet de contrôle par les autorités rattachées au gouvernement. Ce système n'a cependant pas tardé à être repris par les pouvoirs publics à leur avantage.

Comme le rappelle un récent rapport de la commission des affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, les autorités gouvernementales américaines ont développées la compliance en tant qu'expression de leur protectionnisme et ont profité de leur influence économique pour imposer le respect de leurs choix de politique internationale aux entreprises étrangères mais aussi aux Etats¹¹¹. Ils ont prévu pour cela un système d'extraterritorialité par le biais de sanctions unilatérales dans de nombreux domaines sans avoir besoin de faire appel à des agences.

C'est le cas dès 1977 avec le « *Foreign Corrupt Practices Act* » (Loi relative à la corruption étrangère) (FCPA) qui vise à sanctionner la corruption d'agent public américains par des entreprises, étrangères ou non, dès que celles-ci sont, soit cotées en bourse aux Etats-Unis, soit

¹¹⁰ Dominique Lacoue-Labarthe, « L'invention du régulateur bancaire dans les années 1930 aux Etats-Unis », [Site de l'Association d'Economie Financière](https://www.aef.asso.fr/publications/revue-d-economie-financiere/105-la-nouvelle-finance-americaine/73-l-invention-du-regulateur-bancaire-dans-les-annees-1930-aux-etats-unis#no5) : <https://www.aef.asso.fr/publications/revue-d-economie-financiere/105-la-nouvelle-finance-americaine/73-l-invention-du-regulateur-bancaire-dans-les-annees-1930-aux-etats-unis#no5>

¹¹¹ Pierre Lellouche (Pr), « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », n°4082, Assemblée Nationale, 5 Octobre 2016, p.16 à 22

qu'elles « *procède(nt) à des émissions de titre sur un marché financier réglementé américain* »¹¹². Ce critère a été également mobilisé dans la loi Sarbanes-Oxley de 2002 qui lutte contre les fraudes comptables. Les gouvernements successifs ont profité de la souplesse de la notion d'extraterritorialité qui a conduit à de nombreuses dérives. La qualité d'émetteur de titre a fait l'objet d'une appréciation souvent très large, en témoigne l'affaire « *MM. Straub* » de 2014 qui concernait des allégations de corruption d'une entreprise hongroise sur le sol macédonien dans laquelle un tribunal américain a retenu l'application du FCPA car des mails faisant référence aux faits de corruption avaient transités par des serveurs américains¹¹³.

Les poursuites sont engagées par le ministère de la justice (« *Department of Justice* », le DoJ) ou des services gouvernementaux mais ne sont que très rarement soutenues par les agences indépendantes. Dans le cadre du FCPA, une agence indépendante, l'USSC (United States Sentencing Commission) intervient dans le seul but de fixer des « *guidelines* » (directives) quant aux montants des sanctions prononcés par les cours fédérales américaines. Cette emprise des intérêts nationaux américains sur la compliance est incompatible avec une autorité indépendante puisque les mesures prises sont par essence politiques.

Cela transparait avec plus de netteté dans le cadre du respect des embargos et des sanctions économiques. Les Etats-Unis disposent d'un grand panel de textes permettant la prise sanctions économiques et d'embargos : « *Trading with the Enemy Act* » (Commerce avec l'ennemi) de 1917, « *Patriot Act* » (Loi patriote) de 2001. La prise des sanctions relève évidemment de l'exécutif et n'est pas déléguée aux agences. Plus encore le contrôle du respect par les entreprises agissant sur le marché américain de ces sanctions est également assuré par des organes dépendant du gouvernement fédéral : l'« *Office of Foreign Assets Control* », l'OFAC, le Bureau de contrôle des actifs étrangers qui exerce cette mission de régulation. On parle même d'« *over-compliance* » tant les autorités de régulations rattachées au gouvernement américain ont pour coutume d'infliger des sanctions retentissantes à des entreprises de nationalité étrangère et ce, même en utilisant des moyens souples. C'est le cas de la transaction record de l'OFAC avec BNP Paribas qui a accepté de régler une amende de 963 millions de dollars dans le cadre de l'affaire des clients cubains et iraniens qui a coûté un total de 8,9 milliards de dollars au groupe bancaire. Ainsi les Etats-Unis ont créé seuls, un véritable système de sanctions internationales. Comme l'exprime Régis Bismuth en ouverture d'une étude « *C'est devenu une banalité de souligner que les États-Unis usent de leur puissance*

¹¹² Article 15 U.S. Code § 78dd-1 tel que traduit par le rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine précité, p. 46

¹¹³ Pierre Lellouche (Pr), « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », n°4082, Assemblée Nationale, 5 Octobre 2016, p.47

économique afin d'assurer une application extraterritoriale de leurs lois et réglementations »¹¹⁵. Cela a cependant eu pour bienfait de montrer qu'il était possible de mettre en place un tel dispositif.

Or, la compliance se mue en prise de conscience internationale. Cette dernière a été facilitée par la montée en puissance de certains pays en développement qui ont parfois été victimes des agissements d'entreprises multinationales occidentale par le passé (c'est le cas de l'Inde sur lequel beaucoup de puissances coloniales ont pu s'enrichir grâce aux compagnies coloniales) et qui ont acquis une légitimité suffisante sur la scène internationale pour exprimer des revendications. On observe un réel dépassement de la notion de compliance « à l'américaine » depuis sa diffusion à l'international où elle a pu s'épanouir et s'enrichir d'une multitude de nouveaux buts mais avant tout d'une idéologie commune. Le ressort individualiste américain est remplacé par une volonté commune de coopération interétatique visant à la garantie des droits de l'homme dans un plus grand nombre de domaines et sur tout le territoire. La compliance est le symptôme d'une société mondiale qui a pris récemment conscience d'elle-même. Elle se traduit par un alignement de chaque Etat que ce soit sur la substance des droits ou sur les moyens d'action. Ce mouvement se fait en partie « naturellement » c'est-à-dire sans que des mesures concrètes dans ce sens soit prises. Il s'agit simplement du résultat de l'interpénétration des systèmes juridiques provoqué par le phénomène de globalisation du droit.

Ce mouvement naturel n'est cependant pas suffisant et doit être renforcé. C'est la finalité poursuivie par les discussions onusiennes relatives à la création d'un instrument international contraignant pour les sociétés transnationales. Il doit cependant garantir cette nouvelle idéologie de la compliance à deux égards. Tout d'abord en assurant que les règles de compliance s'appliqueront sur tout le territoire, sans connaître de « zones de non-droit ». Enfin, la garantie des droits doit être neutre afin de ne pas être assujettie à une volonté politique trop variable. C'est pour cela qu'aujourd'hui la compliance est, et doit être l'apanage quasi exclusif d'autorités indépendantes. En suivant la conception de la régulation qui prévaut de nos jours, les autorités de régulation gouvernementales n'agiront que lorsque leurs prérogatives seront plus adaptées à la problématique. C'est en tout cas la vision européenne.

Ce modèle gagnerait à s'imposer au niveau international en permettant de garantir la neutralité au niveau interne tout en donnant la possibilité de supplanter les autorités nationales par des autorités internationales de supervision qui assurent une application sur tout le territoire (alors que dans le cadre des négociations interétatiques, ce processus serait fastidieux avec de fortes chances d'échec).

¹¹⁵Régis Bismuth, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des américains accidentels », *Journal du droit international* (Clunet) n°4, Octobre 2017, Doctr. 11.

Cependant, la compliance doit faire face à de nombreuses embûches qui peuvent ralentir ou mettre à mal la convergence nécessaire à sa réussite. Tout d'abord, la compliance et à fortiori la régulation n'existent que dans les systèmes économiques développés. Par conséquent ces pays ne disposent pas d'autorités indépendantes de régulation économique, il faudra donc bâtir une politique de compliance sans réelle assise interne. Par ailleurs la compliance est encore un droit réservé aux pays développés alors même que les pays en développements sont le plus souvent exposés aux risques et à des violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales (c'est le cas en Afrique subsaharienne tel qu'au Congo qui subit des pillages de ressources ainsi que des dommages environnementaux irréversibles du fait de l'extraction intensive de minerai précieux)¹¹⁶. En ce sens le projet onusien permettrait la mise en place d'un socle minimal garantissant une application de la compliance à tous les Etats signataires. Ces pays sont évidemment très favorables et actifs dans le processus de discussion du traité.

Une autre problématique est inhérente aux différences de culture juridiques. Ainsi, certains systèmes peuvent opposer des résistances à certaines pratiques ou certains droits qui découlent de la compliance. A fortiori les entreprises multinationales connaissent elles-aussi ces problématiques puisque le développement à l'international implique aussi un « choc des cultures » bien qu'ici il soit plutôt question de « culture de business ». Enfin comme le note Christian Dargham et Marion Marhuenda, il existe des divergences selon la fonction exercée dans l'entreprise (opérationnelles, de direction, support, commerciales)¹¹⁷. Par exemple, les auteurs évoquent la difficulté de prévoir un système de lanceur d'alerte au Japon en raison de l'importance du respect de la hiérarchie. De même les pays développés s'accordent à agir contre le travail des enfants alors que celui-ci est source de revenus parfois important pour les familles dans les pays en développement, il sera donc difficile de l'interdire dans ces pays. Afin de dépasser ces divergences les auteurs proposent d'une part, la création d'une culture d'entreprise à travers des valeurs communes qui doivent être déclarées et réitérées. Une fois ces valeurs bien intégrées, l'entreprise doit ensuite faire tout son possible pour adapter ces valeurs aux systèmes opposant des réticences. Ils en déduisent un « *principe d'uniformité des programmes* » de compliance¹¹⁸. Ce cheminement est une solution qui peut tout autant s'appliquer entre Etats dans le cadre de

¹¹⁶ La responsabilité de nombreuses entreprises occidentales ainsi que des gouvernements a été mis en évidence par un groupe d'expert mandaté par l'ONU dans les annexes du « Rapport final du Groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République démocratique du Congo » (S/2002/1146) du 16 Octobre 2002

¹¹⁷ Christian Dargham, Marion Marhuenda, « Compliance et diversité culturelle », in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon-Assas, 2016, p.139

¹¹⁸ Christian Dargham, Marion Marhuenda, « Compliance et diversité culturelle », in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon-Assas, 2016, p.140

l'instrument international en discussion et qui confirme la nécessité d'une convergence des droits nationaux.

§2) La création d'un standard européen de compliance

Si la situation internationale est favorable au développement de la compliance et entreprend la convergence des droits, ce mouvement n'est que très récent et il faudra attendre pour pouvoir se prononcer sur la réussite du processus. Mais il existe déjà un modèle de compliance géré par un organe supranational qui mène une politique de convergence des droits nationaux. Il s'agit de l'UE qui concentre ses actions sur plusieurs domaines où la compliance joue un rôle important.

L'UE a pu construire la compliance sur un terreau fertile car déjà sujet à convergence. En effet elle vient se superposer à l'ordre juridique international mais jouit d'une spécificité car il est l'organe supranational le plus abouti en terme de coopération entre Etats. Cela en raison de la théorie d'intégration régionale « *néo-fonctionnaliste* » inventée par Ernst Haas ¹¹⁹ auteur de science politique, appliquée par les institutions européennes et reprise par la doctrine juridique. Il en résulte deux phénomènes : l'effet de « *spill over* » (d'engrenage) qui crée une dynamique d'intégration dans lequel l'approfondissement de la coopération dans un domaine conduit à un approfondissement dans un domaine voisin ce qui permet un élargissement général de la coopération (notamment économique). Enfin l'« effet cliquet » selon lequel l'intégration est en principe irréversible car le coût, aussi bien politique qu'économique, d'un retour en arrière sera beaucoup trop fort pour l'Etat¹²⁰. Le « *Brexit* » viendra d'ailleurs confirmer ou remettre en cause cet effet une fois que les termes de l'accord avec l'UE seront connus et que les premiers résultats économiques du Royaume-Uni seront publiés. Dès lors la convergence serait la conséquence logique de ces deux effets et serait inhérente à la construction européenne elle-même.

De plus l'UE peut compter sur son autonomisation en tant que personne juridique propre et unique depuis le traité de Lisbonne de 2007 qui a mis fin à la dualité entre la Communauté Européenne et l'UE. Cela lui a permis d'appuyer sa légitimité en poussant un peu plus les Etats à s'aligner sur ses normes, et donc à créer une convergence.

L'UE mène aussi une politique adaptée à la convergence par son caractère finaliste. Dans le but d'imposer le droit de la régulation dans son volet concurrence par exemple, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) est indifférente aux qualifications internes de personnes

¹¹⁹ Ernst Haas, *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, 1958

¹²⁰ Louis Le Hardy de Beaulieu, *L'Union Européenne : Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des Institutions de l'Union*, PU Namur, 1995, p.37

publiques ou privées. Elle se limite à contrôler le maintien d'une concurrence libre et non faussée comme dans l'arrêt *Sporting Exchange* qui portait sur un renouvellement d'agrément d'un opérateur de jeu de hasard par une autorité indépendante sans mise en concurrence¹²¹. C'est à partir de cette convergence des finalités qu'elle a pu proposer avec plus de persuasion une convergence des régimes juridiques.

A fortiori cette convergence est sans doute la plus approfondie dans le cadre du droit de la régulation puisque l'UE a imposé le modèle du régulateur public indépendant et les règles principales du marché : une concurrence libre, saine et non faussée. Elle a pour cela pu compter sur l'article 3 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (TCEE) signé le 25 Mars 1957 qui mentionne que la Communauté agira en matière d' « *établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur* »¹²². Depuis le texte, renommé Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) par le Traité de Lisbonne signé le 13 Décembre 2007, a été révisé en conférant à l'UE une « *compétence exclusive* » sur ce sujet. Enfin l'article 4 du TCEE assurait d'ores et déjà que les Etats-membres devaient agir dans le « *respect d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »¹²³. En France cela s'est traduit par l'ouverture de secteurs monopolistiques de l'Etat à la concurrence et leur maintien dont la sincérité et la neutralité a dû être assuré par des autorités indépendantes du pouvoir politique.

La compliance étant une méthode de régulation exercée principalement par ces autorités (car, comme dans le cas de la régulation, elles sont souvent plus adaptées que les autorités émanant rattaches au gouvernement pour agir), il n'est pas étonnant qu'elles fassent elles-aussi l'objet d'un effort visant à atteindre un standard européen de compliance. A cette fin l'Union Européenne utilise aussi bien des moyens normatifs qu'opérationnels qui concernent surtout les autorités indépendantes mais aussi plus ponctuellement les Etats.

L'UE a par exemple créé le dispositif Marchés d'Instrument Financier (MIF) connu au niveau européen sous son acronyme anglo-saxon MiFID (« *Market in Financial Instruments Directive* »). Il est composé d'une première directive adoptée le 21 Avril 2004 et entrée en vigueur le 1^{er} Novembre 2007. Elle s'applique à toute entreprise d'investissement ou entreprise de crédit proposant des services d'investissement¹²⁴. Son but est de poser un cadre juridique commun européen pour les marchés financiers.

¹²¹ CJUE, 3 Juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie*, n°C-203/08

¹²² Article 3 du TCEE

¹²³ Article 4 du TFUE

¹²⁴ Article premier de la directive 2004/39/CE du 21 Avril 2004

La directive pose pour cela un grand nombre de mesures qu'il est impossible de détailler entièrement. Elle prévoit que l'accès au marché est régulé par la délivrance d'un agrément¹²⁵. Elle pose également des obligations substantielles uniformes de transparence pré et post-négociation¹²⁶. Le but avoué de cette directive est de « *créer un cadre réglementaire européen unique pour les valeurs mobilières* »¹²⁷ ce qui s'apparente à de la régulation économique pure. Cependant elle assure, par voie de conséquence, la protection des investisseurs à l'échelle européenne en harmonisant toutes les normes qui gouvernent les marchés financiers des Etats-membres ce qui rejoint les objectifs de compliance.

La directive précise au point 58 de son introduction que ses dispositions devront être appliquées par des « *autorités [à] caractère public, propre à garantir leur indépendance par rapport aux opérateurs économiques et à éviter les conflits d'intérêts* ». Ainsi, même si l'UE n'oblige pas formellement la création d'autorité indépendante, elle les promeut indirectement puisque la meilleure façon d'éviter tout conflit d'intérêt avec un opérateur privé ou public est justement de déléguer les compétences à une autorité indépendante. Cela montre aussi que les autorités de régulation qu'elles soient indépendantes ou non du gouvernement doivent avant tout garder un caractère public. C'est ce que précise aussi le Conseil d'Etat dans son rapport dédiée aux AAI en 2001 lorsqu'elle évoque les directives ouvrant les secteurs à la concurrence : « *Juridiquement, la transposition de ces directives n'emporte pas l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales [...] une vaste palette de choix était ainsi théoriquement offerte aux gouvernements [...]. Dans les faits, c'est à l'aune du degré de contrôle économique que les Etats détiennent sur les opérateurs historiques que telle ou telle formule s'impose inexorablement au législateur* »¹²⁸. Il n'est dès lors pas étonnant que la France et sa politique interventionniste notoire a dû se résoudre à créer des autorités indépendantes.

Dès lors la plupart des Etats ont dû tirer la conséquence de la transposition de la directive MIF en révisant les règlements des autorités indépendantes compétentes. C'est le cas de la France qui a transposé la directive par ordonnance¹²⁹ et a révisé le règlement de l'AMF afin qu'elle applique les dispositions. Or la crise de 2008 a montré les dysfonctionnements du marché et l'UE

¹²⁵ Article 5 et 6 de la directive 2004/39/CE du 21 Avril 2004

¹²⁶ Article 14 de la directive 2004/39/CE du 21 Avril 2004

¹²⁷ C'est ce qu'énonce la page introductive au dispositif MiFID sur le [site EUR-Lex](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l24036e&from=FR) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l24036e&from=FR>

¹²⁸ Rapport du Conseil d'Etat 2001, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », EDCE, p.273

¹²⁹ Ordonnance n°2007-544 du 12 Avril 2007

a réagi en adoptant un nouveau dispositif, en coopération avec les autorités de régulation nationales, qui met la compliance au premier plan dans le volet de protection des investisseurs.

A cette fin, une seconde directive MIF (directive 2014/65 UE du 15 Mai 2014) abrogeant la première a été adoptée, accompagné d'un règlement européen 600/2014 (par nature directement applicable) du même jour qui aborde la transparence des marchés vis-à-vis du public. Ce nouveau dispositif est entré en vigueur le 3 Janvier 2018 (la France a transposé la directive en Juin 2017¹³⁰ et le règlement de l'AMF a été révisé par arrêté du 3 Juillet 2017). Il prévoit de nouvelles obligations dans la « gouvernance des produits financiers » (qui est le titre d'un nouveau Chapitre III bis du règlement de l'AMF) aussi bien de la part des entreprises d'investissements (« *producteurs* ») que leurs intermédiaires (« *distributeurs* ») afin que l'investisseur puisse avoir accès à toutes les informations nécessaires. La mesure la plus représentative de la politique de compliance mise en place par le dispositif est l'obligation de « *reporting* » (rapport) des transactions. Cette méthode est directement issue de la pratique de la compliance et consiste, pour une entreprise d'investissement, à rendre un rapport très détaillé de chaque transaction réalisée à l'autorité de régulation compétente sur l'instrument financier concerné. Ce rapport doit être rendu au plus tard le jour ouvrable qui suit la date de réalisation de la transaction¹³¹. La politique de convergence menée en matière de régulation est donc prolongée dans le volet de la compliance.

Il en est de même avec le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) n°2016/679 adopté le 1^{er} Avril 2016 par le Parlement Européen et qui entrera en vigueur le 25 Mai 2018. Cet exemple permet de voir avec plus d'acuité que la compliance est tributaire de la convergence en ce qu'elle lui assure son efficacité. Avant même son application, il est salué car il prévoit à la fois une forte protection de droits liés à la compliance tout en créant une convergence de finalités, de contenu substantiel des droits et de procédure entre les Etats. Le but du règlement est de reconnaître des nouveaux droits et d'accroître la protection des droits préexistants dans le cadre du numérique (droit à l'oubli, exigence du consentement du recueil des données) à tous les citoyens européens. Il applique des principes inhérents à l'effectivité de la compliance comme l'extraterritorialité (Article 3 du RGPD). Comme le précise Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) et présidente du G29 qui regroupe les autorités indépendantes européennes de protection des données, le règlement offre « *une nouvelle série d'outils de conformité* » qui s'ajoutent « *à l'arsenal classique*

¹³⁰ Ordonnance n°2017-1107 du 22 Juin 2017

¹³¹ Article 26 de la directive 2014/65 UE du 15 Mai 2014

du régulateur »¹³². Elle pointe cependant avant tout « *la nécessité absolue pour les régulateurs européens de parler d'une seule voix vis-à-vis des grands acteurs mondiaux de l'internet* ». Il s'agit ici tant des autorités compétentes, que des juges qui devront « *établir une jurisprudence commune* ».

Ce mouvement de réunion des autorités indépendantes européennes est par ailleurs un autre argument très convaincant quant à la réalité de la convergence des droits nationaux. L'UE par le biais de la Commission Européenne a créé des organes de supervision européens et sectoriels des autorités indépendantes appelés Autorités Européennes de Surveillance.

On y trouve notamment le système européen de supervision financière qui regroupe les autorités de supervision bancaire, assurantielles et financières, créé suite à la crise de 2008. L'ABE, organe précitée en fait par exemple parti. Afin de mener une politique de convergence, elle surveille l'application des normes européennes. Elle produit par ailleurs des orientations générales à destination des autorités européennes de régulation bancaire (mais aussi parfois des établissements financiers). Chaque autorité ou établissement financier doit par ailleurs se conformer au principe « *comply or explain* » en publiant des décisions dans un délai de 2 mois après la prise de ces orientations par l'ABE, acceptant explicitement de se conformer aux orientations ou au contraire en justifiant dûment une application partielle des lignes directrices par des arguments objectifs qui pourront donner lieu à un dialogue avec l'ABE.

Ces mécanismes sont appelés à s'approfondir à mesure que l'Union Européenne continuera par son action normative et opérationnelle à promouvoir une convergence qui s'applique uniformément à tout le territoire européen. Elle tend aujourd'hui à créer un standard unifié de compliance aux exigences fortes. Ainsi, elle espère influencer les Etats extérieurs à l'Union pour qu'ils développent des instruments aussi élevés en termes de protection des citoyens. Quant aux entreprises, elles doivent se conformer à toutes les règles pour être autorisées accéder au marché européen.

Au cours de cette étude il apparaît que la compliance s'est construite à partir du constat de la perte d'influence des personnes publiques et notamment des Etats, en raison de l'internationalisation du marché sur le modèle libéral et de l'émergence d'entreprises transnationales.

La compliance est aussi créée dans le but de faire cesser des violations des droits commise directement ou indirectement par les agents économiques. Si elle apparaît inflexible quant à la

¹³² Isabelle Falque-Pierottin, « L'Europe des données ou l'individu au cœur d'un système de compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.31

lutte contre les infractions graves (travail des enfants, corruption), elle semble plutôt organiser une conciliation entre intérêt économique et droits de 3^{ème} génération, dont elle fait tout de même la promotion. La compliance n'implique donc pas une primauté des droits humains sur l'économie.

La compliance se montre donc comme un remède aux dérives produites par l'économie mondialisée mais s'étend peu à peu à tout risque de violation des droits de l'homme au sein des rapports économiques. Elle prend pour cela un tournant international nécessaire à travers une concertation mutuelle menant à une convergence de points de vue, qui se traduit progressivement en une convergence des droits nationaux. La compliance se distingue par sa figure protéiforme car elle épuise tous les moyens à sa disposition.

L'étude des buts et des moyens était le préalable nécessaire afin de procéder à l'étude des acteurs de la compliance. Car la diversité de moyens juridiques est due au fait que la compliance s'immisce au sein de toutes les institutions. Cela s'explique par le fait que ses buts revêtent un intérêt supérieur puisque attachés au respect des droits de la personne humaine. En effet, il est impensable qu'un même organe puisse concentrer la palette de pouvoirs qui permettent la mise en œuvre d'une politique de compliance. En cela, la compliance crée une « *décentralisation normative* »¹³³ qui peut s'assimiler à une chaîne de règles prises par plusieurs entités pour assurer son application.

Titre II : La distribution subtile des rôles entre acteurs de la compliance

Il semble utile de préciser en premier lieu que la compliance influe sur tous les acteurs économiques privés ou publics et leurs juristes chargés de mettre en œuvre les politiques de compliance. Le chapitre précédent a permis de mettre en évidence une interdépendance normative de la compliance. Ce titre permet quant à lui de démontrer une interdépendance des principaux acteurs de la compliance.

Elle affecte particulièrement quatre acteurs : l'entreprise, le régulateur, le juge ainsi que le législateur. Ils concourent tous à concevoir une compliance efficace mais n'atteignent pas ce but de la même manière. Il est même frappant de constater que la réussite de la compliance réside en fait dans une mise en cohérence, une continuité des règles de différentes valeurs, qui sont donc

¹³³ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

maîtrisées par différents acteurs. Si chacun joue théoriquement une partition différente, les frontières tendent à s'estomper en pratique et il pèse des risques majeurs de confusion.

Ces derniers peuvent être surmontés en partie par le fait que chaque acteur poursuit, en marge de la compliance, d'autres objectifs qui leur sont propres et individuellement bénéfiques. L'entreprise cherchera à soigner son image publique et à tirer des bénéfices de la politique de compliance tandis que le régulateur pourra continuer à gérer efficacement les défaillances du marché tout en conservant sa légitimité auprès des opérateurs. Chaque acteur a conscience des intérêts individuels de chacun, et sait qu'il faut que la politique de compliance soit efficace pour pouvoir en bénéficier. A cette fin l'entreprise et le régulateur doivent passer un pacte de confiance fondé sur la mise en place d'un dialogue. (**Chapitre 1**)

Enfin, le législateur et le juge jouent des rôles qui apparaissent plus en retrait car ils n'appliquent pas directement et opérationnellement la compliance. Or, leur importance est capitale car ils délimitent le champ et le contenu de la compliance. D'autre part les objectifs individuels qu'ils poursuivent sont inhérents à leur fonction : le législateur organise l'ordre juridique et en adapte le cadre aux évolutions. Dans le cadre de la compliance il assure également un rôle répartiteur entre les autres acteurs. Le juge, quant à lui, poursuit l'objectif de faire respecter les dispositions législatives mais doit lui aussi s'adapter à la compliance, si bien qu'il développe lui-même des outils de conformité propres. Il permet par ailleurs de « faire vivre » la compliance en consacrant ou proscrivant des comportements nées de la pratique de la compliance. (**Chapitre 2**)

Chapitre 1 : La mise en œuvre d'une coopération entre entreprises et autorités de régulation

La mise en œuvre opérationnelle de la compliance repose particulièrement sur la coopération des entreprises et du régulateur. Or, celle-ci peut sembler complexe comme l'observe Marie-Anne Frison-Roche qui parle d'une « *aporie entre les buts monumentaux* »¹³⁴ visés par la compliance et ceux de l'entreprise.

Le régulateur est l'initiateur de la politique de compliance, l'entreprise est son destinataire. Pour autant l'entreprise sort de son inertie de simple récepteur et devient acteur actif à part entière car le régulateur fait peser sur elle, plus ou moins solidairement, la responsabilité de la réussite du dispositif de compliance. Cette position se justifie par le fait que l'entreprise détient les clefs de cette réussite. Elle a une connaissance approfondie des risques pour les droits humains qu'implique le fonctionnement du marché, elle détient parfois elle-même des

¹³⁴ Marie-Anne Frison-Roche, « Tracer les cercles du Droit de la Compliance », Working Paper, <http://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/>

informations sensibles et doit logiquement en assurer la protection. C'est pourquoi l'entreprise se voit confier le soin de prévoir les mécanismes de compliance les plus adaptés et doit justifier de leur efficacité auprès des autorités de régulation. Cette coopération se fait à géométrie variable selon les spécificités du secteur, un partage de responsabilité propre à chacun se construit.

La synthèse des objectifs individuels de ces deux acteurs est très bien résumée par Luc-Marie Augagneur et sera au centre des développements suivants : « *Pour les autorités, elle se mesure notamment à la satisfaction d'objectifs de préservation de l'ordre public* » (Section 1). « *Du point de vue des entreprises, elle correspond à la meilleure préservation contre les risques et à l'exposition aux sanctions* »¹³⁵ (Section 2).

Section 1 : L'attachement immanent du régulateur public indépendant au respect des droits humains

Les autorités indépendantes de régulation n'ont jamais abandonnées leur caractère public. La compliance permet de voir avec plus d'acuité ce lien car elle concerne la défense des droits. Car la protection des citoyens est sans aucun doute la compétence la plus caractéristique des personnes publiques. Elle se retrouve dans toutes les conceptions modernes de l'Etat à des degrés plus ou moins fort. Mais la présence publique dans l'économie est contestée. Dès lors mettre la défense des droits au centre des enjeux des marchés semble être le seul moyen d'assurer un maintien de la personne publique dans l'économie à travers les autorités indépendantes de régulation. (§1)

Le régulateur indépendant fait également le lien entre entreprise, juge et législateur. Or, les autorités de régulation concentrent de nombreux pouvoirs ce qui génère des risques de débordement sur la compétence des autres acteurs. L'autorité doit par ailleurs adapter son action en considération de la situation propre à chaque secteur. Cela vient façonner les formes de son action qui seront au cœur du second développement. C'est en respectant ces conditions qu'elle peut envisager à la fois un respect effectif des droits et un pacte de confiance avec les entreprises. (§2)

§1) La nécessité de la compliance au maintien de la présence publique au sein de la régulation économique

Il a déjà été mis en évidence la position délicate de la personne publique dans l'économie du fait de la mondialisation et de la montée en puissance des sociétés transnationales qui récusent leur présence, ou du moins, l'utilisation de leurs pouvoirs exorbitants dès qu'elles agissent sur un

¹³⁵ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

marché. L'édiction de normes est elle aussi source de critiques en ce qu'elle peut porter atteinte aux libertés économiques telles que la liberté du commerce et de l'industrie. A cet égard, l'Etat a développé un droit économique renfermé sur lui-même car motivé en grande partie par la seule aspiration d'une amélioration de la situation économique. Le droit économique apparaît désincarné car peu chargé de valeurs et destiné à produire des effets quasi-mécaniques. Pierre Cahuc et André Zylberbeg expliquent cela par le fait que l'économie s'est et continue de se concevoir épistémologiquement comme une science formelle à l'image des mathématiques ou de la physique¹³⁶, c'est-à-dire comme une science naturelle qui ne « *pourrait être qu'inhumaine* »¹³⁷. A l'inverse, une frange plus minoritaire des économistes défendent que, bien qu'elle empreinte des outils issues des sciences formelles ou « dures », l'économie révèle une idéologie propre à chaque auteur. Ces derniers sont enclins à admettre que leurs théories prennent plus largement en compte l'humain et ses droits avant la seule observation neutre de la situation économique. C'est le cas des théories de Keynes qui ont inspirées l'Etat-Providence¹³⁸.

Ce débat bien qu'extérieur à notre sujet, n'est pas étranger aux problématiques juridiques rencontrées. Car « *le caractère instrumentaliste, voire opportuniste du droit économique [ferait] prévaloir des concepts dont la portée juridique est imprécise (l'entreprise, le marché ou le jeu normal de concurrence)* »¹³⁹. Pour Emmanuelle Claudel, « *le respect des principes juridiques est souvent sacrifié à l'objectif d'efficacité* »¹⁴⁰. Or, le droit économique est marqué par cette indifférence aux valeurs et crée une « *inféodation du droit à l'économie* »¹⁴¹. La compliance tente donc de concilier ces deux mouvements en étant un droit suffisamment souple pour ne pas brider les performances économiques tout en intégrant un respect inflexible des droits humains au sein des marchés. Cette méthode semble être le meilleur moyen pour que la personne publique maintienne sa présence dans l'économie, elle marque même un retour en puissance de l'initiative publique dans l'économie mais prend une forme novatrice en la faisant passer par les autorités indépendantes de régulation.

Elle se centre pour cela sur l'une de ses attributions phares : la protection des droits et des personnes. Depuis l'existence des Etats modernes, cette compétence leur est inhérente et se

¹³⁶ Pierre Cahuc, André Zylberberg, *Le négationnisme économique et comment s'en débarrasser*, 2016, Champs Actuels

¹³⁷ Françoise Balibar, Elie During, « Comment parler des sciences dures ? », *Revue Critique* n°661-662, Les Editions de Minuit, 2002, p.2

¹³⁸ Bernard Maris, *Keynes ou l'économiste citoyen*, Presses de Sciences-Po, 1999

¹³⁹ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

¹⁴⁰ Emmanuelle Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse soutenue à Paris X, 1994, §17

¹⁴¹ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

retrouve dans toutes les théories. Elle est cantonnée au maintien de l'ordre et de la sécurité dans le cas de « l'Etat-Gendarme », théorie libérale du XIX^{ème} siècle qui astreint l'Etat à une intervention minimale dans l'économie, tandis qu'elle conduit à une reconnaissance accrue de droits dans le cas de l'Etat-Providence, notamment de droits-créances (ou droits sociaux) qui nécessitent un engagement de l'Etat pour être garantis. L'Etat se retrouve aujourd'hui dans une position médiane, sur un nouveau modèle qui n'a pas trouvé de nom si ce n'est peut-être « *l'Etat postmoderne* », du titre d'un ouvrage de Jacques Chevallier, « *dont les traits restent marqués par l'incertitude, la complexité, l'indétermination* »¹⁴². Il est basé sur une redéfinition de son rôle et de ses attributions dans l'économie suite à la crise de l'Etat providence. Cela se traduit notamment par le développement de la régulation comme nouvelle forme d'action économique publique. Pour autant ce changement de paradigme ne s'est pas traduit par une baisse quantitative de reconnaissance des droits, puisque les droits de troisième génération sont apparus. Cependant ce modèle a contribué à une séparation plus étanche encore de l'économie et des droits de l'homme. Cela s'explique par la complexité de la tâche confiée à la régulation : celle d'organiser de nombreux marchés de façon transversale mais aussi sectorielle au sein d'une économie mondialisée.

Pour atteindre ces objectifs et affaiblir les critiques à son égard, l'Etat s'est trouvé dans l'obligation de créer de nouvelles personnes publiques, les autorités indépendantes de régulation. Ces dernières sont des émanations de l'Etat et bien qu'elles soient indépendantes quant aux choix concrets et opérationnels, elles restent liées par les objectifs assignées par le législateur à l'action publique et en font partie intégrante. Or, il a fallu, un temps, organiser la régulation autour de ces autorités afin de poser un cadre économique satisfaisant pour les opérateurs. C'est après cette période « organisationnelle » assurée par les autorités qui leur a permis d'acquérir une certaine légitimité auprès des opérateurs, que l'Etat a pu étendre leurs missions au respect des droits humains et des finalités d'ordre public. C'est en cela que Marie-Anne Frison-Roche considère que le droit de la régulation, amputé de la compliance n'est qu'une « *version renouvelée mais étroite du droit des services publics* »¹⁴³. Renouvelée car consciente des impacts de la mondialisation sur l'économie, étroite car dépouillée peu à peu de certaines finalités fondamentales du service public d'un point de vue du respect et de la garantie des droits. Pour autant la régulation aura permis au droit des

¹⁴²Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5^{ème} Edition (2017), p.19

¹⁴³Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.2

services publics de « *perdre sa dimension politique* » car « *le cœur du droit de la régulation [tient] dans l'établissement d'un régulateur qui doit être indépendant* »¹⁴⁴.

Initialement, ces autorités se sont vues transférer une mission de maintien de l'ordre public économique ou plus précisément de l'ordre public concurrentiel. Ces finalités ne révèlent que de la conciliation des libertés économiques avec un ordre public immatériel. Elles doivent désormais s'évertuer à initier les politiques de compliance dans leurs secteurs respectifs. Elles peuvent pour cela s'appuyer sur le « *soft-power* » acquis lorsqu'elles étaient limitées à la gestion des défaillances techniques du marché. Cela explique le fait que la compliance soit arrivée tardivement au sein de la régulation économique. Il n'aurait pas été possible pour l'Etat d'imposer une politique de compliance avec ses moyens classiques car il n'avait plus la légitimité suffisante. De même les autorités indépendantes de régulation n'auraient pas eu la force de persuasion suffisante pour imposer un respect des droits humains tant qu'elles n'avaient pas prouvées leur capacité à permettre à un secteur de fonctionner selon les principes du marché libre. Pour Bruno Lasserre, ancien président de l'ADLC « *le « soft-power » détenu par les autorités de concurrence est [...] fortement mobilisé dans la promotion de la conformité* »¹⁴⁵ notamment car elles détiennent un pouvoir de sanction dissuasif. Cet argument peut être repris et étendu à toutes les autorités de régulation car elles construisent leur influence à travers les moyens dont ils sont pourvus. Que ce soit le pouvoir réglementaire, de sanction ou d'avis, ils concourent tous à l'orientation des comportements et au « *soft-power* » des autorités.

Dès lors l'un des objectifs individuel poursuivi par les autorités indépendantes à l'instauration de la compliance est de légitimer la présence publique dans l'économie. Cette légitimation se fait à l'égard avant tout des citoyens, il s'agit même d'une nécessité puisque la protection des droits est inhérente à la subsistance de l'Etat. Les autorités indépendantes sont donc responsabilisées et doivent démontrer publiquement qu'elles promeuvent les droits humains et les mécanismes de compliance, en imposant au secteur de prendre des mesures et en assurant la réalisation de ces dernières au moins sur le fond, puisque sur la forme, les entreprises ont une liberté quasi-totale de moyens. Cette responsabilité des autorités se matérialise notamment par l'obligation de rendre des rapports annuels mis en place par la loi du 20 Janvier 2017¹⁴⁶. Ces rapports sont rendus au législateur et peuvent faire l'objet d'une enquête parlementaire. Cela

¹⁴⁴ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Compliance*, Dalloz 2017, p.3

Régulation, Supervision,

¹⁴⁵ *Compliance*, Dalloz 2017, p.38

Régulation, Supervision,

¹⁴⁶ Article 21 et 22 de la loi du 20 Janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes

permet d'assurer la transparence de l'action des autorités et l'adéquation de cette action avec les objectifs qui leur sont assignés.

Cette légitimation se fait aussi à l'égard des entreprises car les autorités présentent un cumul de pouvoirs susceptible de contraindre les opérateurs. Cependant ils sont cette fois-ci justifiés par des finalités d'intérêt général consubstantielles aux droits fondamentaux des citoyens. Ces finalités apparaissent bien plus convaincantes car elles sont moins marquées idéologiquement : le Président François Mitterrand justifiait les nationalisations prévues en 1981 pour éviter que les entreprises : « *ne disposent d'un pouvoir économique et donc politique, qui leur permettent de prévaloir sur les décisions de l'intérêt général* »¹⁴⁷ et considérait les nationalisations comme « *une arme de défense de la production française* » contre « *l'internationalisation du capital* »¹⁴⁸. Il s'agit d'une posture typique sous l'Etat Providence, en contrariété avec le droit de l'UE actuel qui interdit par exemple la préférence nationale dans l'accès¹⁴⁹ et l'attribution¹⁵⁰ de marchés publics¹⁵¹. Cela révèle un intérêt général axé sur la maîtrise de l'économie et donc indirectement sur les droits des citoyens en leur garantissant par exemple l'accès et le prix vil de nombreux services au détriment de la libre concurrence puisque l'Etat se retrouve seul ou quasiment seul à gérer et entreprendre dans un secteur.

Or depuis 1981, les entreprises privées ont acquis une légitimité en tant qu'interlocuteur des pouvoirs publics. Elles influencent les politiques publiques du fait de leur poids économique, tant et si bien que de telles déclarations semblent impensables dans le contexte actuel car elles traduiraient une défiance contreproductive à l'égard des opérateurs privés. Didier Migaud, premier Président de la Cour des Comptes, résume parfaitement le cœur du problème en reconnaissant aux règles étatiques une « *légitimité politique* »¹⁵². C'est cette légitimité politique, démocratique, qui a été contestée par les entreprises dès qu'elle s'est avérée trop restrictive des libertés économiques et éloignée de leurs intérêts. C'est aussi pour éviter cet écueil que les autorités de régulation sont pourvues d'indépendance car cela garantit une certaine neutralité quant à la nature des buts d'intérêt général poursuivis.

¹⁴⁷ Conférence de presse de François Mitterrand (Vidéo et retranscription), [Site de l'Institut Nationale de l'Audiovisuel](http://fresques.ina.fr/miterrand/fiche-media/Mitter00015/francois-mitterrand-defend-les-nationalisations.html), 24 Septembre 1981 : <http://fresques.ina.fr/miterrand/fiche-media/Mitter00015/francois-mitterrand-defend-les-nationalisations.html>

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Considérant 2 de la directive 2004/18/CE

¹⁵⁰ Considérant 46 de la directive 2004/18/CE

¹⁵¹ Article 2 de la directive 2004/18/CE

¹⁵² Didier Migaud, « Le nouveau rapport entre l'Etat et les normes impliquées dans la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.76

Aujourd'hui la personne publique, à travers l'autorité indépendante de régulation, n'apparaît plus comme un concurrent mais comme un superviseur du secteur, et sa présence est ainsi acceptée par les opérateurs privés car elle remplit un rôle qui lui est propre : celui d'assurer une défense des droits des citoyens sans la conditionner à l'intervention économique directe de l'Etat qui mènerait à une atteinte induite aux libertés économiques.

En liant le respect des droits humains à la régulation économique, les autorités de régulation tendent à rendre ces deux éléments indissociables et contrent les arguments qui défendent une autorégulation des opérateurs. En effet, le respect des droits et des exigences de compliance par les entreprises devient même une condition d'exercice sur le marché. C'est le cas de l'AMF qui conditionne la délivrance de l'agrément à exercer sur les marchés à la qualité des procédures de conformité mises en place par les entreprises. Elle délivre également elle-même les cartes professionnelles des Responsables de Conformité pour les Services d'Investissement (RCSI) et des Responsables de Conformité et du Contrôle Interne (RCCI) en organisant une formation et des examens¹⁵³.

Les autorités sont donc les plus à même d'initier le respect des droits humains au sein d'un secteur du fait de la relation particulière qu'elles entretiennent avec les opérateurs. Grâce à la compliance, la défense des droits devient peu à peu indispensable à la régulation économique. En cela les autorités indépendantes de régulation tendent à s'imposer comme les nouveaux acteurs publics de l'économie. Ils sont encadrés seulement ce qui ne préjudicie pas leur efficacité et poursuivent toujours les finalités attachées à l'action publique en délaissant l'unilatéralité qui faisait tant défaut à l'Etat par le passé.

§2) Un rôle versatile conditionné par les enjeux du secteur

Au sein de la compliance les autorités indépendantes de régulation ont la responsabilité d'articuler la politique de compliance. Elles se trouvent au carrefour des entreprises et des institutions publiques et doivent faire le lien entre celles-ci. Le législateur place la compliance comme un objectif à atteindre et lui donne force obligatoire, la réalisation de cet objectif est confiée à l'entreprise par le biais de l'autorité indépendante de régulation. Or, les autorités indépendantes concentrent de nombreux pouvoirs qui font entrevoir un risque de prédominance de ces dernières en ce qu'elles sont tentées de jouer tous les rôles à la fois. Elles peuvent remplacer l'entreprise en imposant la forme et le contenu des mécanismes de compliance. Elles peuvent se faire juge en utilisant leurs moyens souples pour juger et préjuger l'action des entreprises ou plus simplement par le biais de leur pouvoir de règlement des conflits ou d'avis.

¹⁵³ Benoît de Juvigny, « La Compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.19

Enfin les autorités détiennent aussi parfois un pouvoir réglementaire pouvant remplacer la fonction normative du législateur par une utilisation abusive. Ces pouvoirs pris isolément ne représentent pas de risques particuliers, mais leur cumul est plus problématique.

En réalité le rôle principal de l'autorité indépendante est tout d'abord de redéfinir précisément les buts c'est à dire les droits qui doivent être protégés en priorité par les dispositifs de compliance au sein du secteur, conformément à la législation. Elle doit aussi parfois choisir les opérateurs cruciaux qui devront prévoir les dispositifs de compliance s'il n'est pas mis en œuvre par tous les opérateurs du secteur. Pour cela elle doit utiliser sa connaissance du secteur et les informations fournies par les opérateurs afin de déterminer quels droits sont potentiellement menacés. D'autre part elle doit assurer un suivi, en vérifiant que les dispositifs sont effectivement mis en œuvre et qu'ils produisent les résultats escomptés. Dans l'accomplissement de ces deux missions principales elle doit faire une utilisation raisonnée de ses pouvoirs, en les adaptant au secteur. C'est en cela qu'elle détient un rôle versatile, elle interviendra plus fréquemment dans certains secteurs alors qu'elle pourra prendre un certain recul dans d'autres.

Par exemple, le marché bancaire ou financier repose sur des règles prudentielles qui favorisent une méthode spécifique de compliance. Dans ce secteur les objectifs sont ambitieux puisque par exemple, l'ACPR doit éviter tout financement et blanchiment d'argent en lien avec le terrorisme. A l'inverse, l'AMF doit veiller à ce que les sociétés d'investissement fournissent suffisamment d'informations à leur client afin que ceux-ci aient conscience des risques pris. Ces missions sont d'autant plus difficiles à réaliser que ces secteurs sont connus pour leur opacité et les nombreux détournements possibles.

Or, la compliance est fort bien adaptée à cette problématique. Elle consiste pour les régulateurs à imposer à toutes les entreprises sur le marché une démarche de « *know your customer* »¹⁵⁴ (connaître son client). Les entreprises sont alors obligées de récolter un certain nombre d'informations et d'engager en interne une procédure de validation des transactions au regard de ces informations afin de garantir le respect de ces objectifs. Ce dispositif « *ex-ante* » vise à prévenir tout risque de violation et pèse sur tous les opérateurs qui détiennent une responsabilité collective. L'autorité n'intervient donc que très rarement. Dans le cas de l'AMF, elle sera appelée à se prononcer sur les transactions à risques définies aux articles 315-46 à 315-48 de son règlement. L'opérateur par la voix de son responsable de conformité doit effectuer une procédure de « *reporting direct des transactions* » (RDT). L'autorité décidera après instruction et étude des informations fournies par l'opérateur de valider ou non la transaction. Elle peut aussi fournir

¹⁵⁴ Bruno Lasserre, « Concurrence et bien public à travers la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.36

des directives quant à la meilleure façon de mener cette transaction. Il s'agit d'un réel dialogue et d'une collaboration entre les deux entités puisque du propre aveu de son secrétaire général, « *c'est une relation de confiance et de soutien que l'AMF souhaite développer avec les responsables de conformité* »¹⁵⁵. L'intervention de l'autorité est, à l'image de la compliance, fondée sur l'adaptabilité : elle n'agit que lorsqu'elle est la mieux placée pour le faire. C'est le cas en l'espèce puisque L'AMF exerce une mission de surveillance des marchés et dispose de pouvoirs qui y sont attachés (que ce soit par les enquêtes, le régime déclaratif de certaines transactions ou le régime d'autorisation d'accès aux marchés). Cela évite les interventions « *ex-post* » qui peuvent certes, être des mécanismes de compliance, mais qui n'ont pas la vertu préventive des interventions « *ex-ante* ». Ces dispositifs de compliance veulent donc éviter la survenance même de violations en basant leur système sur la détection et l'élimination des risques. Ce système est en accord avec la compliance car il est anticipatif et conduit à empêcher la violation de droits.

À l'inverse les stratégies d'intervention apparaissent moins subtiles dans le cadre des autorités de concurrence, notamment l'ADLC. La dimension coopérative de la compliance y est moins saillante car le lien entre droit de la concurrence et droits de l'homme n'est pas évident. Malgré tout la violation des règles de concurrence atteint indirectement les droits du consommateur alors que ceux-ci font partie intégrante de la compliance. De plus le droit de la concurrence est aussi vécu comme un frein au profit des entreprises qui sont plus enclins à tenter à s'en détourner. L'ADLC a la responsabilité de faire respecter un corps de règles abstraites, « *minimalistes* »¹⁵⁶ (les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de Commerce) à un grand nombre d'entreprises puisqu'elle est une autorité transversale. En réalité elle se doit avant tout de faire vivre le droit en l'adaptant à la situation concurrentielle notamment par le biais de ses recommandations, avis ou plus formellement par l'utilisation de son pouvoir réglementaire. Dès lors pour Bruno Lasserre, la compliance réside surtout dans le fait pour l'entreprise de respecter avant tout l'autorité du régulateur en appliquant ses décisions¹⁵⁷. Cette vision s'approche de la traduction littérale de la notion de compliance en française : il s'agit pour une entreprise de se conformer à toute règle qui lui est applicable. Dès lors la notion perd son caractère préventif puisqu'en l'espèce la conformité suppose la préexistence de règles publiques. Elle n'annihile pas pour autant la compliance puisque cette dernière peut s'accommoder des interventions « *ex-post* » en y injectant de la souplesse.

¹⁵⁵ Benoît de Juvigny, « La Compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.22

¹⁵⁶ Bruno Lasserre, « Concurrence et bien public à travers la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.36

¹⁵⁷ *Ibid.*

Lorsque les interventions de l'autorité sont principalement « *ex-post* », le pouvoir de sanction joue une grande importance. En effet, l'entreprise peut être tentée de faire une sorte de bilan coût-avantage à l'application de la compliance, c'est à l'autorité de garantir que le cadre n'autorise pas les opérateurs à s'extraire de leurs obligations en s'acquittant simplement d'une amende peu dissuasive. L'ADLC peut, par exemple, publier les décisions de sa commission de sanction afin de porter préjudice à la réputation publique d'une entreprise. Elle a par ailleurs parfois été critiquée pour le montant disproportionné de ses amendes. Dans une affaire retentissante, la Cour d'Appel (CA) de Paris¹⁵⁸ a divisé par huit, de 575 millions d'euros à 75 millions d'euros, le montant d'une amende infligée par l'ADLC à plusieurs entreprises impliquées dans le « cartel de la sidérurgie » qui s'était rendu coupable d'ententes anticoncurrentielles. Suite à cet arrêt l'ADLC a dû faire preuve de transparence en publiant des lignes directrices sur ses modes de calculs des sanctions financières¹⁵⁹ afin de garantir une certaine prévisibilité.

La politique de compliance de l'ADLC se matérialise par une certaine souplesse dans l'utilisation de ses pouvoirs rigides notamment grâce aux procédures alternatives à la sanction. Elle est synthétisée dans un document cadre du 10 Février 2012 « *sur les programmes de conformité aux règles de concurrence* ». Ce document détaille les mesures incitatives de l'ADLC à l'égard des entreprises afin qu'elles adoptent un programme de compliance en interne. Dans le cadre de la procédure de transaction¹⁶⁰, anciennement procédure de non-contestation des griefs, elle propose par exemple une réduction de 10% de l'amende infligée si l'entreprise s'engage à adopter un programme de conformité « *substantiel, crédible et vérifiable* »¹⁶¹. Bruno Lasserre note que l'ADLC a la particularité d'annoncer publiquement et de systématiser cette réduction contrairement à d'autres autorités de concurrence européennes qui considèrent cette pratique comme complaisante. Au contraire, le but de l'ADLC est d'encourager la mise en place de programmes de compliance dans une optique « *prospective* » et non « *rétrospective* »¹⁶².

En définitive la compliance favorise les interventions « *ex-ante* ». Cela leur confère un rôle de superviseur du secteur en limitant l'usage de leurs pouvoirs rigides. Cette méthode est l'exemple le plus topique d'un dispositif de compliance, c'est d'ailleurs pour cela que tous les auteurs considèrent que la compliance est originellement issue des pratiques du secteur bancaire

¹⁵⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 19 janv. 2010, SAS AMD Sud-Ouest, n°2009/00334

¹⁵⁹ Autorité de la Concurrence, Lignes directrices du 16 Mai 2011

¹⁶⁰ Article L.462-2 III du Code de Commerce

¹⁶¹ Point 29 à 31 du document cadre du 10 Février 2012

¹⁶² Bruno Lasserre, « Concurrence et bien public à travers la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.41

et financier. La compliance peut aussi être fondée sur une majorité d'interventions « *ex-post* ». L'autorité sera bien plus exposée et proactive. Elle devra constamment conserver sa légitimité qui repose sur ses pouvoirs rigides et dont elle fera un usage plus fréquent mais aussi plus souple. Didactiquement, il est possible de distinguer les autorités qui détiennent un « *soft-power* » basé sur la confiance avec les opérateurs ou sur la dissuasion. Evidemment la situation n'est pas bivalente, et les autorités balancent entre ces deux postures selon les secteurs. A ce sujet Jean-Bernard Auby déclare justement que « *Fondamentalement, les régulations tirent leur effectivité de la sanction et de l'application volontaire : en réalité toujours plus ou moins d'un mélange des deux* »¹⁶³. Benoît de Juvigny admet lui-même que les pouvoirs répressifs de l'AMF constituent le « *second pilier de son rôle en matière de compliance* »¹⁶⁴.

Pour autant, un pacte de confiance semble nécessaire et bien plus productif. Il apparaît plus clairement à travers l'action de l'AMF et des autorités qui se placent en superviseur, car ces derniers peuvent conditionner l'accès au marché à l'existence d'un programme de conformité efficace. L'autorité et les entreprises passent donc un pacte de confiance mutuel dès que l'agrément est délivré. Cependant l'ADLC ne gère pas un secteur, et ne peut donc pas en contrôler l'accès. Dès lors il n'est pas possible pour elle de passer un pacte de confiance antérieur à l'accès au marché. Elle doit donc se replier sur des moyens « *ex-post* » et inciter à la mise en place postérieure aux infractions de dispositifs de compliance. Cela n'exclut pas d'office l'existence d'un pacte de confiance puisque les concessions de l'ADLC, notamment avec les réductions d'amende consenties, démontrent une démarche de confiance en réduisant l'aspect répressif des sanctions. Ce pacte de confiance est par ailleurs soutenu publiquement par tous les présidents des autorités indépendantes de régulation.

Section 2 : L'équivocité discutée des objectifs de l'initiative privée

L'une des critiques les plus courantes à l'encontre de la compliance se base sur sa prétendue naïveté à l'égard des entreprises qui ne poursuivent pas naturellement les objectifs qu'elle fixe. En effet, « *Les buts d'une entreprise ne sont à priori pas de cet ordre, même si elle comprend qu'il est malin de paraître aimable.* »¹⁶⁵. En réalité les entreprises et les régulateurs tirent tout deux des bénéfices de la mise en place des politiques de compliance si bien qu'il est caricatural de présenter une opposition frontale entre régulateur et entreprise. Il ne faut pas pour autant tomber dans

¹⁶³ Jean-Bernard Auby, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.102

¹⁶⁴ Benoît de Juvigny, « La Compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.23

¹⁶⁵ Marie-Anne Frison-Roche, « Les fonctions de la compliance. Un choix politique à opérer », In *La compliance nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ?*, Colloque du 2 Juin 2017

l'angélisme puisque les entreprises maintiennent une position équivoque quant à savoir si elles exécutent de bonne volonté les obligations auxquelles elles sont soumises. Cela peut se comprendre puisque la compliance a soudainement créé une responsabilisation massive qui a provoqué un changement de position de l'entreprise aussi bien dans le droit que dans la société.

(§1)

La compliance a cependant la particularité de changer la perspective dans laquelle se trouve l'entreprise en lui donnant une liberté de moyens dans la réalisation des buts qui lui sont confiés. Cette responsabilité supplémentaire est d'autant plus forte chez les entreprises en position dominante sur un marché. En ce sens, il existe un risque que l'entreprise se mue en pratique à la fois en régulateur mais aussi en juge. Fort heureusement, cet écueil est contenu notamment car tous les acteurs sont mobilisés et que chacun « épuise » sa compétence (§2)

§1) Un mouvement abrupt de responsabilisation de l'entreprise

Il a déjà été précisé que la compliance est originellement apparue en France par le biais des entreprises multinationales, sans l'intervention des pouvoirs publics, afin de pouvoir accéder au marché américain. La compliance traduisait surtout une stratégie pour ne pas perdre des parts de marché. Elle ne s'exprimait alors qu'à travers un ensemble de mesures internes prises unilatéralement. La compliance est donc depuis toujours animée par une « *logique autonormative* »¹⁶⁶.

Mais la marge de manœuvre des entreprises est réduite depuis que les pouvoirs publics instrumentalisent leur capacité à édicter des règles privées. La compliance n'est plus uniquement une stratégie pour les entreprises, elle l'est aussi pour faire respecter l'ordre public. Cela en a bousculé les formes puisque la compliance se matérialisait surtout par des engagements qui ne pouvaient être considérées comme des règles à part entière puisqu'aucune sanction à l'inexécution n'était envisagée, ce que l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economique) appelle le « *respect volontaire* »¹⁶⁷, « *à savoir l'adhésion à des normes de comportement qui ne résulte pas de l'exercice d'une contrainte formelle* »¹⁶⁸. C'est le cas des nombreuses chartes éthiques ou de bonne conduite. Ces dernières s'apparentent plus à des déclarations d'intentions. Blandine Cordier-Palasse, vice-présidente du Cercle de la Compliance, affirme même

¹⁶⁶ Luc-Marie Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

¹⁶⁷ Rapport OCDE, « Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics », 2001, p. 8

¹⁶⁸ *Ibid.*

que ces chartes seules ne participent qu'à « *un effet d'affichage [...] contreproductif et dangereux* »¹⁶⁹. Elles ont désormais leur importance au sein des dispositifs de compliance puisqu'elles sont opposables aux entreprises.

Ces dispositifs ont été engagés par les autorités indépendantes de régulation et plus rarement par la loi. Leur émergence a bouleversé les pratiques des entreprises mais aussi leur position sociale. En consacrant la reconnaissance de leur importance, la compliance engage un grand mouvement de responsabilisation. L'entreprise n'est plus le terrain de l'intérêt individuel, elle doit désormais agir pour le bien commun, au-delà de son simple bienfait économique pour le pays. Cela pouvait déjà se voir à travers le développement de la logique des partenariats publics-privés. Au-delà, le contexte de ce changement était favorable.

En effet, la compliance est apparue aux côtés de la notion européenne de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) qui peut y être assimilée bien qu'elle revêt une acception plus large. La RSE poursuit les mêmes buts que la compliance mais n'est pas une technique de régulation à part entière, plutôt une méthode de gouvernance des entreprises. Elle utilise ce même ressort de responsabilisation. La Commission Européenne la définit dans un livre vert dédié au sujet en 2001 comme : « *L'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes.* »¹⁷⁰. Les parties prenantes (ou « *stakeholders* » littéralement « *porteurs d'intérêts* ») font l'objet d'une théorie à part entière en économie et management. Ils se définissent comme toutes entités à même d'influencer ou d'être influencés par les activités de l'entreprise. De fait, elles peuvent négocier avec l'entreprise, conformément à leur degré d'influence. La théorie distingue d'une part, les parties prenantes primaires qui ont « *une relation, directe ou contractuelle avec l'entreprise* »¹⁷¹ : il s'agit des salariés ou des actionnaires de l'entreprise. D'autre part, les parties prenantes secondaires qui ont une « *relation indirecte ou involontaire* »¹⁷² avec l'entreprise mais dont les activités peuvent avoir des impacts : il s'agit des citoyens, ONG ou associations de consommateurs.

En 2010 l'Organisation internationale de la normalisation a publié la norme ISO 26000 qui est un ensemble de lignes directrices. Elle ajoute que l'entreprise doit adopter « *un comportement*

¹⁶⁹ Blandine Cordie-Palasse, « *Le compliance officer : chef d'orchestre du culture change management* », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 137

¹⁷⁰ Point 20 du livre vert « promouvoir la responsabilité sociale des entreprises », Commission Européenne, 2001

¹⁷¹ Blandine Laperche, Dimitre Uzunidis, « Responsabilité social et profit : Repenser les objectifs de l'entreprise », *La revue des sciences de gestion*, 2011/1 (n°247-248), Pages 111-120, §31

¹⁷² *Ibid*, §32

éthique et transparent qui contribue [...] au bien-être de la société »¹⁷³. C'est donc ce nouveau statut qui crée l'effet de responsabilisation. Marie-Anne Frison-Roche déclare à cet égard que la compliance invite les entreprises à « *sortir d'elles-mêmes* »¹⁷⁴ ce qui montre un écart avec la vision passée du rôle de l'entreprise. En obligeant les entreprises à édicter elles-mêmes leurs règles, la compliance pousse l'entreprise à devenir le premier rempart de garantie des droits, car elle se trouve au bout de la chaîne, au plus proche des personnes.

Dans le cas de la compliance, les sources de responsabilisation sont multiples car elle peut être aussi bien sectorielle, transversale, qu'internationale ce qui rend encore plus difficile la mise en place d'un programme de conformité en ce qu'il doit « *interagir avec les autres* »¹⁷⁵. Elle nécessite donc une dévotion intégrale et une application uniforme à toute l'entreprise tandis que par le passé, l'entreprise adaptait ses pratiques à la réglementation plus ou moins permissive des Etats dans lesquels elle était présente. Il en résultait une application sélective et hétérogène de la compliance. Cette responsabilisation est un mouvement qu'il est difficile de décrire car elle est variable selon les cas et se trouve bien plus nuancée que l'acception juridique classique de la responsabilité. Cela peut être illustré par l'utilisation du terme « *accountability* »¹⁷⁶ (responsabilité) par le RGPD qui désigne la responsabilité de mettre en place des mécanismes et des procédures internes de respect des règles (en lieu et place du régime déclaratif qui prévalait auparavant). Il s'agit d'une version moins contraignante du mot « *liability* » ou de « *responsibility* » (responsabilité) car ces derniers s'utilisent plutôt lorsqu'une responsabilité est engagée et reconnue tandis que l'« *accountability* » marque avant tout un engagement à rendre des comptes sans même qu'il y ait de faute. Le terme est désormais utilisé par la CNIL car il ne connaît pas d'équivalent français.

La responsabilisation se manifeste également par l'apparition de risques. Ces risques peuvent être de nature pénale car le droit va dans le sens d'une pénalisation des diverses fraudes tout en assurant leur application. C'est le cas de la loi n°2013-1117 du 6 Décembre 2013¹⁷⁷ qui crée dans son article 69 le parquet national financier (PNF) spécialisé dans les affaires de fraudes fiscales et détenant une compétence nationale. Les risques sont également de nature économique

¹⁷³Point 2.18 de la norme ISO 26000-2010 « Responsabilité sociétale », Organisation Internationale de Normalisation

¹⁷⁴Marie-Anne Frison-Roche, « Les fonctions de la Compliance. Un choix politique à opérer », In *La compliance nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ?*, Colloque du 2 Juin 2017

¹⁷⁵Lorraine Donnedieu De Vabres, « Pas de compliance sans confiance », *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p. 109

¹⁷⁶L'article 24 du RGPD pose un principe d'« *accountability* » dans sa version anglaise, qui devient un « principe de responsabilité » dans la version française.

¹⁷⁷Loi n°2013-1117 du 6 Décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

et financière puisque les autorités indépendantes de régulation surveillent et peuvent appliquer des sanctions qui seront le plus souvent publiques, ce qui est susceptible d'alourdir les pertes de l'entreprise. Dans les deux cas ces risques ont un fondement juridique récent.

Contrairement à la RSE qui se base quasi-exclusivement sur la volonté individuelle des opérateurs, la compliance apparaît plus contraignante juridiquement et traduit plus une volonté publique d'orienter les opérateurs vers le comportement que l'autorité de régulation souhaite. A l'inverse, les incitations publiques à la RSE sont plus timides. Bien que pour réussir, la compliance a besoin d'un certain degré de volonté commune entre le régulateur et l'entreprise. Cette question de la volonté de l'entreprise doit être dès lors abordée.

La réponse ne peut être péremptoire, l'entreprise n'applique pas la compliance par pure volonté personnelle, mais n'est pas totalement contrainte. Sa volonté n'est pas autonome, elle est éclairée : le régulateur fait en sorte que l'entreprise veuille appliquer la compliance car elle y trouvera des bénéfices. Pour l'entreprise, le programme de conformité est un « *outil de maîtrise des risques* »¹⁷⁸ qui « *sécurise les opérations et prises de risques nécessaires [...] protège la réputation de l'entreprise* »¹⁷⁹. Cependant de tels résultats sont obtenus grâce à un dialogue qui est engagé entre l'entreprise et le régulateur dont Jean-Bernard Auby précise l'importance. C'est au cours de ce dialogue que « *l'entreprise compliant en vient à avoir des objectifs et des intérêts communs avec le régulateur [...] même s'il ne s'agit pas des valeurs auxquelles elle serait naturellement attachée* »¹⁸⁰. Or, il relève qu'il ne : « *ne faut pas attendre que l'entreprise compliant n'adhère aveuglément à ces valeurs* ». Il fait appel à l'expression « *creative compliance* » (conformité créative) utilisée dans la doctrine anglo-saxonne qui désigne l'action des entreprises afin de détourner les règles de compliance sans pour autant les violer formellement, ce qui est notamment permis par la plasticité de la notion d'« *accountability* ». Plus simplement il peut s'agir pour l'entreprise de trouver les moyens de se conformer au strict minimum de ce qui a été convenu avec l'autorité de régulation. Dans tous les cas les auteurs s'accordent à dire que la compliance entraîne un changement de la *culture d'entreprise* assuré par les « *compliance officers* » (responsables de conformité) et plus marginalement par les avocats qui peuvent anticiper les nouvelles règles à venir et assister les responsables de conformité¹⁸¹.

¹⁷⁸ Jacques Sivignon, Guillaume Briant, « L'utilité des procédures de compliance », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 101

¹⁷⁹ Blandine Cordie-Palasse, « *Le compliance officer : chef d'orchestre du culture change management* », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 138

¹⁸⁰ Jean-Bernard Auby, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.103

¹⁸¹ Arnaud de la Cotardière, Eléonore Hannezo, « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.125

Ainsi l'entreprise est sans nul doute l'acteur sur lequel tous les espoirs reposent. Les discours tenant à défendre une volonté partielle ou au contraire totalement désintéressée de l'entreprise sont évidemment à proscrire car ils ne rendent pas compte de la complexité de la relation entre l'autorité de régulation, à mi-chemin entre dissuasion (« *Deterrence* ») et compliance¹⁸², et l'entreprise à la fois contrainte mais aussi consciente de l'importance de son nouveau rôle. Preuve que cet équilibre se cristallise, un récent colloque organisé conjointement par l'association française des juristes d'entreprises et l'association des avocats conseils d'entreprises s'est intitulé « *Compliance : entre coopération et contrôle* »¹⁸³.

Cela permet enfin de confirmer le fait que la compliance est une forme de corégulation car la logique autonormative de l'entreprise reste encadrée par la responsabilité qu'elle détient à l'égard de l'autorité. L'autorégulation pure, c'est-à-dire neutre de toute influence publique semble impossible tant il est évident que le régulateur oriente le comportement des entreprises.

§2) Le risque contenu d'une privatisation de la compliance par l'entreprise

Comme évoqué auparavant dans ce mémoire, la mise en place de la compliance par les autorités indépendantes de régulation permet à la personne publique de rester un acteur pertinent dans l'économie. Or, en s'engageant dans la voie de l'autorégulation, le risque que l'entreprise en vienne à rendre l'action du régulateur désuète est plus vif. L'entreprise étant au bout de la chaîne de compliance, il se peut même que les consommateurs en viennent à délaisser les acteurs publics traditionnels puisque l'entreprise donne l'impression de gérer seule les problématiques de compliance tant son action est bien plus visible. Ce risque de privatisation de la compliance est accru dès lors que le dispositif est internalisé dans une entreprise en position dominante sur un secteur donné.

Pour étudier cette question, il faut se pencher sur les effets de l'internalisation des objectifs et sur les rôles qu'elle donne à l'entreprise. Selon Jérôme Bédier, Directeur Général délégué et secrétaire général de Carrefour, la compliance comporte un double volet pour l'entreprise. Tout d'abord, un « *volet offensif qui permet d'apporter une contribution à l'entreprise tout en réalisant des bénéfices* »¹⁸⁴ et un « *volet défensif qui vise à respecter les règles et à éviter d'être en défaut* »¹⁸⁵. Il y

¹⁸² Jean-Bernard Auby fait cette distinction afin de différencier deux approches de la façon de faire de la compliance, *Ibid.*

¹⁸³ AFJE et ACE, « Compliance : entre coopération et contrôle : Les relations entre entreprises et autorités de contrôle », Colloque du 6 Avril 2018

¹⁸⁴ Jérôme Bédier, « La compliance, un outil actif de développement de l'entreprise », Conférence *L'individu au cœur de la compliance* tenue au Conseil Economique et Social, 2 Novembre 2017

¹⁸⁵ *Ibid.*

a donc une certaine instrumentalisation de la compliance, comme l'explique Jérôme Bédier qui évoque la mise en place des plans anti gaspillage, en vertu de la loi du 11 Février 2016 relative au gaspillage alimentaire, qui permettent de limiter les pertes tout en contribuant à donner une bonne image de l'entreprise auprès des consommateurs. Il s'agit là d'une contrepartie concédée par les autorités publiques qui était nécessaire pour que les entreprises acceptent les coûts supplémentaires que suppose la mise en place de dispositif de compliance.

Or, la contrepartie doit être proportionnée à l'investissement réalisé. Dans le cas d'une compliance internalisée au sein de toutes les entreprises du secteur, les investissements réalisés par les entreprises sont à peu près égaux. C'est le cas des obligations de reporting des transactions imposées aux entreprises agissant sur les marchés financiers et agréé par l'AMF. Cette obligation impose que chaque entreprise prenne les mesures appropriées, et l'investissement sera proportionné à la taille de l'entreprise.

Il n'est pas de même lorsque la compliance s'internalise au sein des seules entreprises en position dominante sur un secteur, c'est-à-dire dès qu'elles sont les seuls à avoir accès à des informations pertinentes pour réaliser les buts de la compliance. Ce sont ces entreprises que Marie-Anne Frison-Roche nomme les « *opérateurs cruciaux* ». En plus des autres opérateurs du secteur ces derniers se verront confier une mission supplémentaire, souvent bien moins générale que celles qui sont opposables à toutes les entreprises du secteur. Dans le secteur du numérique, il suffit d'imaginer que les régulateurs souhaitent sanctuariser un certain nombre de données personnelles de navigation. Cette mission de protection et de conservation pourrait être donnée à Google car son moteur de recherche est utilisé par 92% des français¹⁸⁶ et presque autant dans le monde (91%)¹⁸⁷ même si son navigateur officiel *Google Chrome* ne représente que 57% des utilisations mondiales¹⁸⁸. Dès lors Google est l'opérateur crucial du marché des navigateurs de recherche, et il serait trop complexe d'imposer une obligation collective de protection à ses concurrents alors qu'ils ne détiennent qu'une part marginale des données. Bien évidemment le tout s'organiserait sous la supervision de l'autorité de régulation avec une possibilité de sanction si le système se montre défaillant ou ne convient pas aux exigences renforcés. Il obligerait aussi Google à limiter la réutilisation et notamment le commerce des données, auquel il s'adonne encore aujourd'hui, sous peine de sanction. Cet exemple peut sembler saugrenu au vue de la réputation chahutée de l'entreprise américaine mais constitue ici un exemple simple.

¹⁸⁶ Statistiques du [site-Statcounter](http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share) en Mars 2018: <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

Ainsi, dans le cas d'une obligation collective la compliance est diffuse, tandis que dans cet exemple, elle est centralisée dans une seule entité. Cela fait peser le risque d'une tentative de sécession de l'entreprise vis-à-vis de son régulateur. En théorie, ce risque est compensé par les moyens de contraintes des autorités, notamment leur pouvoir de sanction. Mais avec la « *creative compliance* », l'opérateur peut toujours tenter de s'extirper de ses obligations. On peut également penser que le régulateur subisse une certaine pression de l'entreprise réclamant plus d'importance et d'avantages car il assume une responsabilité supplémentaire. En réalité c'est ici que le « *soft-power* » joue son rôle principal. La personne publique n'étant plus automatiquement légitime en raison de son seul statut, elle doit réussir à s'imposer. Force est de constater que les autorités jouissent d'une légitimité suffisante dans la plupart des domaines. Le numérique en est cependant exclu, notamment car il se heurte à un ensemble de problématiques juridiques globales. La réponse se trouve dans une coordination des autorités nationales qui n'est actuellement qu'en construction.

Un tel système semble au demeurant plus susceptible d'emporter une adhésion européenne au vue de l'échec de la proposition française d'une taxation des « *GAF*A » (cette expression désigne les géants du numérique : Google, Amazon, Facebook, Apple) à hauteur de 3%, qui a été accueilli très froidement lors du Sommet Européen de Sofia le 28 Avril 2018. Ce sommet a été réuni afin de discuter du projet de directive de la Commission Européenne sur la fiscalité de ces entreprises.

Les autorités indépendantes de régulation ne sont pas les seuls pouvoirs publics exposées à un risque de dépossession. Le juge est également touché par ces problématiques. Tout d'abord, car au vue de l'organisation de la compliance, le juge s'éloigne de l'entreprise car l'autorité de régulation peut prévenir ou trancher tout litige entre opérateurs. Pour Pauline Abadie, le développement de la compliance a créé « *une auto surveillance* »¹⁸⁹ qui « *peut se lire comme une forme de contrôle privé de légalité, contrôle concurrent à celui exercé par le juge* »¹⁹⁰. Dès lors l'entreprise peut obstruer l'action du juge en retenant un contentieux potentiel puisqu'il est réglé dans un espace clôt, à l'intérieur de l'entreprise. Les « *compliance officers* » se mueraient en juge en « *disant le droit* » qui doit être appliqué alors même que celui-ci est hautement interprétable puisqu'il s'agit plus d'objectifs fixés par l'autorité indépendante de régulation. De plus un recours à la justice privée est aussi plus présent. Les clauses d'arbitrages au sein des contrats entre opérateurs sont de plus en plus fréquentes. Ces observations sont à nouveau mitigées d'une part, l'adaptation du juge judiciaire et administratif à la compliance qui sera abordé dans le chapitre suivant, mais aussi par

¹⁸⁹ Pauline Abadie, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », Recueil Dalloz, 2018, P.302, §2

¹⁹⁰ *Ibid.*

l'action du régulateur indépendant qui doit pouvoir empêcher à l'entreprise de se soustraire à l'intervention du juge quand elle est nécessaire. L'autorité indépendante de régulation utilisera pour cela ses pouvoirs de contrôle et d'enquête en obligeant la communication de toute pièce utile. Ces mêmes autorités étant contrôlées par le législateur et susceptible d'accéder au prétoire, leur action est-elle aussi assurée par les autres acteurs de la compliance. L'on voit alors un réel «*continuum*» des acteurs qui pousse chacun à la limitation.

Ces développements permettent de confirmer que la voie du pacte de confiance s'impose plus que jamais entre l'autorité de régulation et l'entreprise afin que la compliance puisse atteindre l'efficacité escomptée. Pour Marie-Anne Frison-Roche : « *Si l'on ne conçoit la Compliance que comme une soumission à la fois immense et vide de toutes les entreprises à la réglementation totale, il en résultera une opposition entre Régulation et volonté des entreprises, concrètement une opposition entre Autorités publiques et entreprises. Si au contraire l'on conçoit le Droit de la compliance comme ce par quoi les "entreprises cruciales" comme les Régulateurs cheminent vers la concrétisation de "buts monumentaux, alors le Droit de la Compliance cristallise un "Pacte de confiance" [...] Mais la confiance ne saurait être imposée.* »¹⁹¹.

Chapitre 2 : La complémentarité des formes d'action publique en matière de compliance

La compliance ne peut produire ses effets que si le cadre juridique général s'adapte à cette nouvelle façon de faire du droit. En ce sens l'action du législateur et du juge sont fondamentales et leur appréhension du phénomène détermine la qualité du système. Ce chapitre permet de voir la forme que prend la réponse juridique des pouvoirs publics qui ne sont pas directement impliqués dans la mise en œuvre opérationnelle de la compliance.

Le législateur en tant qu'institution structurante est celui qui prévoit le cadre. Il fixe la plupart des droits fondamentaux généraux que les entreprises doivent respecter. La compliance a cependant de multiples spécificités auxquels le législateur est confronté. A ce titre il lui revient d'adapter les moyens préexistants et d'en créer de nouveaux. Il en résulte, selon Didier Migaud, un nouveau rapport de l'Etat à la norme¹⁹² (*Section 1*).

La compliance influe évidemment sur le juge qui y joue un rôle important comme l'explique Bernard Stirn : « *En aucun cas des procédés renouvelés d'action administrative ne conduisent à mettre à l'écart les recours au juge. Tout au contraire les différents juges sont appelés à intervenir, chacun dans*

¹⁹¹ Marie-Anne Frison-Roche, « Les fonctions de la Compliance. Un choix politique à opérer », In *La compliance nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ?*, Colloque du 2 Juin 2017

leurs domaines »¹⁹³. D'un point de vue exogène, le juge est la fois régulateur en complément des autorités indépendantes et juge de leur action. D'un point de vue endogène, la compliance influe aussi la façon de juger puisque le juge utilise lui-même des outils de compliance. (*Section 2*)

Section 1 : La recherche de cohérence des dispositifs législatifs et de l'action des autorités de régulation

L'expression autorité de régulation prend ici son acception la plus large puisqu'il peut s'agir de toute personne exerçant une mission de régulation, notamment le juge, l'autorité indépendante de régulation. Le législateur est l'entité au début de la chaîne, car il est le seul à pouvoir déterminer le besoin de la compliance et de la régulation. Il est aussi le seul à lui donner une valeur obligatoire puisque les actes de droit souple des autorités ne peuvent créer de droit ou d'obligations. En fixant des objectifs il est l'initiateur principal. La loi est donc le point de départ d'une politique de compliance.

Suivant le principe issu de la philosophie de la régulation selon lequel la personne la plus adaptée à la mission donnée doit l'exercer, le législateur joue un rôle répartiteur essentiel au bon fonctionnement des entités impliquées dans la compliance (§1). Elles doivent cependant être suffisamment dotées pour assurer leur efficacité. A ce titre de grandes lois opérationnelles viennent préciser les interactions entre les acteurs lorsqu'ils agissent sur un domaine précis (§2)

§1) Le rôle répartiteur du législateur garant de la bonne distribution des rôles

Avant la compliance, la régulation économique a elle-aussi été initiée par le législateur, seul compétent pour créer des autorités indépendantes. Mais elle a changé la forme de son action et l'a mené à une autolimitation. Les lois créatrices d'autorités indépendantes fixent en effet les missions qu'elles devront réaliser. Celles-ci traduisent en réalité des objectifs plus larges assignés à l'autorité. A titre d'exemple, l'article L.621-1 du Code Monétaire et Financier dispose que l'AMF « *veille à la protection de l'épargne investie [...] veille également à l'information des investisseurs [...]. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international* ». En pratique cela revient pour l'AMF à agir de façon globale pour garantir la sécurité du marché et empêcher toute défaillance. Ce texte énonce donc des missions générales qui peuvent s'exprimer par une multitude d'actions que l'autorité est libre de mettre en œuvre. Ces lois assurent également une base assez souple pour qu'un autre texte vienne compléter ses missions. En l'espèce le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme issu d'une directive

¹⁹³Bernard Stirn, « Le juge administratif et la compliance », Colloque : la compliance, la place du droit la place du juge, 6 Juillet 2017

européenne¹⁹⁴, transposé dans le code monétaire et financier¹⁹⁵, a donné lieu à une modification du règlement général de l'AMF ainsi que la prise de plusieurs recommandations¹⁹⁶ afin que l'AMF, mais aussi l'ACPR, puisse tirer les conséquences de cette nouvelle politique européenne en la matière. Cela montre que les autorités ne sont pas prédéterminées et que leurs attributions sont susceptibles d'être modifiées. Le législateur choisira donc l'entité la plus à même de mettre en œuvre l'objectif à atteindre.

Cela traduit une certaine distance du législateur qui se borne à doter les autorités de pouvoirs adaptés à la réalisation des objectifs alors même qu'il est d'ordinaire plus prescriptif et précis afin de garder une certaine maîtrise sur ses créations. Or, les objectifs laissent une large marge de manœuvre aux autorités. Jean-Marc Sauvé explique cela en partant du constat que « *les Etats n'ont plus le monopole de la production normative* »¹⁹⁷ et qu'ainsi, cette liberté est volontairement laissée aux autorités.

En tant qu'institution démocratique par excellence le législateur est évidemment le mieux placé pour déterminer ces objectifs d'autant que les autorités indépendantes de régulation souffrent d'une absence de légitimité démocratique. Le législateur est placé dans une position supérieure à tous les autres acteurs afin de légitimer mais aussi de circonscrire la compliance et la régulation à la volonté des représentants élus par les citoyens. Le législateur a pu, par le passé, apparaître comme le faire-valoir démocratique de la régulation, cette critique n'a plus lieu d'être depuis le statut général qui permet un réel contrôle démocratique sur l'action des autorités de régulation¹⁹⁸ mais aussi des règles générales relatives à la déontologie¹⁹⁹.

Dès lors le schéma de la régulation économique est simple puisque l'autorité indépendante supporte seule la responsabilité de réaliser les objectifs qui lui sont assignés. Or, la compliance vient ajouter un nouvel acteur fondamental aussi bien dans la production normative que dans la réalisation de l'objectif, l'entreprise. Il s'agit d'un réel approfondissement de la logique régulatrice en ce qu'elle attribue les missions aux entités les plus adaptées à les exercer. Ce

¹⁹⁴ Directive 2005/60/CE du 26 Octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

¹⁹⁵ Ordonnance n°2009- 104 du 30 Janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

¹⁹⁶ AMF, Recommandation du 15 Mars 2010 (modifiée le 6 Novembre 2014), « Lignes directrices en matière de lutte contre le blanchiment d'argent », DOC-2010-22

¹⁹⁷ Jean-Marc Sauvé, « Compliance, droit public et juge administratif », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.51

¹⁹⁸ Titre IV de la loi n°2017-55 du 20 Janvier 2017 portant statut général des AAI et des API

¹⁹⁹ Titre II de la loi n°2017-55 du 20 Janvier 2017 portant statut général des AAI et des API

raisonnement était auparavant limité par la distinction entre personne publique et privée. Il ne semblait pas envisageable de confier de tels objectifs à des personnes privées, encore moins que leur réalisation serait principalement assurée par le biais de règles privées. Désormais le législateur prescrit parfois directement la nécessité de règles privées tout en fournissant un cadre plus adapté.

C'est le cas lorsqu'il renvoie « *aux autorités de régulation ou aux acteurs eux-mêmes le soin de définir les règles de bonne conduite ou les exigences déontologiques et éthiques d'un secteur* »²⁰⁰. Jean-Marc Sauvé prend ici l'exemple du secteur financier. Les associations professionnelles agréées par l'AMF doivent « *faire approuver par l'AMF les conditions de compétence et le code de bonne conduite auxquels sont soumis ses membres* »²⁰¹. Il s'agit même d'une compétence concurrente avec le ministre de l'économie qui peut quant à lui « *homologuer par arrêté les codes de conduite [...] en matière de commercialisation d'instruments financiers* »²⁰² prises par les « *organisations représentatives du secteur financier* »²⁰³. Le ministre de l'économie détient cependant une compétence plus générale puisqu'il peut également homologuer les codes de bonne conduite des entreprises d'assurance ou des banques qui relèvent quant à eux de l'ACPR. Cela montre que dans le cadre de la compliance, le législateur organise un réel cercle vertueux pour que l'entreprise puisse produire ses propres règles, qui peuvent ensuite être confirmées par les autorités publiques compétentes, leur donnant une certaine légitimité bien que leur valeur dans l'ordonnancement juridique soit modeste. A cet égard Didier Migaud déclare que « *des liens étroits se sont tissés [...] entre les normes publiques et les règles d'origine privées* »²⁰⁴. En effet, dans l'exemple précité, il s'agit d'une convergence des règles publiques et privées, tout du moins d'une communauté de vues sur les comportements qu'il convient d'adopter au sein du marché. Il s'agit en réalité d'une décentralisation du processus de production des normes vers le bas, ce qui n'empêche pas à ces dernières de revêtir une importance capitale en pratique. Auparavant, de telles règles auraient pu être imposées par le législateur aux entreprises, bien qu'il eût été critiqué. Désormais le législateur a créé un cadre dans lequel le contrôle public sur les entreprises existe toujours, mais est décentralisé auprès des autorités indépendantes. Cela est d'autant plus bénéfique que les autorités sectorielles s'assurent de l'adéquation de ces règles privées avec les autres normes, et que les entreprises adaptent celles-

²⁰⁰ Jean-Marc Sauvé, « Compliance, droit public et juge administratif », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.52

²⁰¹ Article L.541-1-III du Code Monétaire et Financier

²⁰² Article L.611-3-1 du Code Monétaire et Financier

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Didier Migaud, « *Le nouveau rapport entre l'Etat et les normes impliquées dans la compliance* », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.77

ci aux spécificités du secteur. En cela le législateur a enrichi la fonction de la loi au sein de l'économie en lui conférant un rôle répartiteur garant d'une relation de confiance entre les acteurs.

Par ailleurs le législateur s'adapte à la multitude d'autorités en présence et des possibles recoupements de leurs missions respectives. L'article L.631-1 du Code Monétaire et Financier précise les possibilités de « *coopération et échanges d'informations entre autorités* » notamment entre la Banque de France, l'AMF, l'ACPR mais aussi l'ALDC dénommée « *L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation* »²⁰⁵. Enfin, de façon plus orthodoxe, le législateur précise les conditions de recours contre les décisions des autorités indépendantes et la compétence juridictionnelle.

Le législateur permet donc de mettre en cohérence l'action de tous les acteurs et veille au bon fonctionnement de la compliance.

§2) Le rôle organisationnel du législateur garant de l'efficacité opérationnelle des acteurs

Les objectifs de la compliance se distinguent par l'étendue de leurs ambitions qui traitent de grandes problématiques transversales. Le législateur est conscient de l'interdépendance des acteurs mais aussi des multiples interactions entre ces derniers dans le cadre de la compliance. Pour concilier ces deux faits, sont apparus des lois que l'on peut qualifier d'opérationnelles. Elles ont pour objet de permettre la réalisation d'un ou plusieurs objectifs de la compliance. Pour cela elles s'organisent autour des acteurs en leur donnant des pouvoirs et des obligations adaptées.

L'exemple le plus topique est celui de la 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 « Sapin II ». Cette loi poursuit plusieurs objectifs connexes visant tous à lutter contre la corruption. Elle concentre tous les outils de compliance décrits à l'occasion de cette étude et en fait la synthèse. Elle aborde pour cela l'action et les obligations des trois autres acteurs que sont les autorités administratives, les entreprises et les juges.

Elle crée tout d'abord l'Agence Française Anticorruption (AFA). Il s'agit d'un service rattaché aux ministères du budget et de la justice chargé « *d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontés, à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fond publics et de favoritisme.* »²⁰⁶. La mission revêt donc une acception très large et permet à l'Agence de coopérer aussi bien avec les juges que les autorités

²⁰⁵ Article L.631-1-II du Code Monétaire et Financier, Alinéa 3

²⁰⁶ Article 1^{er} de la loi Sapin II

administratives indépendantes mais aussi les entreprises. Cette agence succède au Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC). L'AFA est une autorité administrative rattaché au gouvernement mais se distingue de son prédécesseur en ce qu'elle bénéficie de garanties d'indépendance et d'impartialité²⁰⁷. Le parallèle avec les AAI est renforcé par le fait qu'elle rend des rapports d'activités publics annuels²⁰⁸ comme le prévoit l'article 21 du statut général des AAI et des API.

Cette indépendance en demi-teinte est inévitable puisqu'elle est appelée à agir en cas de corruption publique, le rattachement au gouvernement peut quant à lui s'expliquer par une tradition française qui veut garder au plus proche de la tutelle ministérielle les services de lutte contre les infractions économiques comme c'est le cas de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). De plus les compétences de l'AFA sont en tout point semblable à celles d'une autorité administrative indépendante. Elle émet des recommandations, contrôle « *la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvres* »²⁰⁹ pour prévenir la survenance des infractions mentionnées à l'article 1^{er} qu'il s'agisse de personnes publiques²¹⁰ ou de personnes privées²¹¹ et peut prendre des sanctions envers les entreprises mentionnées à l'article 17 lorsque leurs programmes de compliance ne sont pas satisfaisants. Elle détient à cet effet une commission de sanctions à l'image de la plupart des autorités indépendantes.

En définitive, elle apparaît plutôt comme une autorité administrative transversale qui supervise aussi bien les acteurs économiques que les autorités administratives indépendantes dans le cadre de la lutte contre la corruption. Le législateur est évidemment conscient de ce double visage au vue des prérogatives qu'il a confié à l'AFA. Or, l'AFA ne partage pas uniquement des compétences avec les autorités administratives, mais aussi avec le juge pénal. Ils concourent tous deux à sanctionner d'une part, les infractions liées à la corruption et de l'autre, les risques de corruption.

Or, l'articulation de ces deux entités peut sembler difficile notamment au regard du principe « *non bis in idem* » qui interdit de condamner deux fois un justiciable pour les mêmes faits, mais aussi de l'opportunité des poursuites dont jouissent à la fois le juge pénal et l'AFA qui fait courir le risque de laisser certains faits impunis. Tout d'abord, il est à noter que la jurisprudence

²⁰⁷ Article 2 de la loi Sapin II

²⁰⁸ Article 3-7° de la loi Sapin II

²⁰⁹ Article 3-3° de la loi Sapin II

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Article 17-III de la loi Sapin II

constitutionnelle est favorable à la dualité d'action du juge et de l'AFA. Dans ses décisions du 24 Juin 2016 rendues dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité Jérôme. C et Alec. W²¹², le Conseil Constitutionnel a admis la possibilité d'un cumul de poursuites²¹³ administrative, en l'espèce par l'administration fiscale, et pénale. Il circonscrit simplement la double sanction qui en résulte à la proportionnalité en jugeant que « *le montant global des sanctions [...] prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »²¹⁴. Cette jurisprudence est donc pleinement applicable à l'AFA qui prononce des sanctions financières ayant valeur de sanction administrative. Le législateur est bien conscient de cette possibilité et permet à l'AFA d'intervenir en complément du juge pénal si les manquements au programme de compliance sont accompagnés d'infractions. Le législateur a pour cela prévu des amendes relativement prohibitives de 200 000 euros pour les personnes physiques et d'un million d'euros pour les personnes morales, montant sans doute choisi justement en raison de la jurisprudence précitée en termes de proportionnalité de la sanction. Car, la peine d'un million d'euros est commune à toutes les infractions de corruption ou de trafic d'influence dans le Code Pénal²¹⁵. Cela permet éventuellement à l'AFA d'infliger de lourdes sanctions si la condamnation pénale n'a pas porté l'amende à un niveau suffisant. Cela contribue également à dissuader les personnes en montrant que la peine maximale peut potentiellement être atteinte.

À l'inverse le texte permet aussi au juge pénal d'obliger une personne morale condamnée à « *se soumettre, sous le contrôle de l'AFA, pour une durée maximale de 5 ans, à un programme de mise en conformité* »²¹⁶. Ces personnes morales n'ont pas à réunir les conditions prévues à l'article 17 de la loi qui soumet les entreprises cumulant un chiffre d'affaire annuel consolidé de 100 millions d'euros et des effectifs d'au moins 500 salariés à la mise en œuvre d'un programme de compliance. Cette nouvelle peine marque à nouveau la collaboration entre l'AFA et le juge ce que souhaitait déjà Frédérique Dupuis-Toubol en 2003 qui jugeait « *les procédures de coopération avec les régulateurs [...] insuffisantes* » pour « *permettre au juge d'exercer pleinement ses nouvelles fonctions de régulation* »²¹⁷.

²¹²Décision QPC n°2016-545 Jérôme C et 2016-546 Alec W

²¹³ Ce cumul de poursuite avait déjà été reconnu entre une juridiction pénale et ordinaire dans la décision QPC n°2012-289 du 17 Janvier 2013 Laurent D dans son considérant 3

²¹⁴Décision QPC n°2016-545, Considérant 8

²¹⁵Article 435-1 à 435-10 du Code Pénal, Article 432-11 du Code Pénal

²¹⁶Article 131-39-2 du Code Pénal créé par la loi Sapin II

²¹⁷Frédérique Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites Affiches* n°17, p. 17, 23 Janvier 2003

L'ensemble du dispositif de la loi Sapin II montre que le législateur organise les rôles de chaque acteur mais leur permet surtout d'interagir. Chacun exerce un rôle majeur, mais toutes les autres autorités sont susceptibles de s'appuyer entre elles. Cela doit être mis au crédit du législateur qui crée un cadre idoine et fort bien réfléchi pour atteindre l'objectif global.

Section 2 : La redéfinition partielle de la fonction des juridictions

Toutes les juridictions sont touchées de près ou de loin par la compliance et reconnaissent son existence. Le Conseil d'Etat en ouvrant la voie aux recours contre les actes souples²¹⁸ que privilégie la compliance, la Cour d'Appel de Paris en imposant aux sociétés cotées de se conformer aux règles de bonne conduite de l'AMF avant même que la loi ne les mentionne²¹⁹. Ou encore le Conseil Constitutionnel qui a reconnu que la prévisibilité raisonnable d'une règle financière, même non précise, pouvait valablement être prise comme fondement à une sanction²²⁰. Enfin le juge pénal peut imposer des peines obligeant une personne morale à mettre en œuvre un programme de compliance. La compliance ne transforme que partiellement les juges car ces derniers se sont déjà adaptés au phénomène régulateur qui emprunte les mêmes canaux.

Les juridictions sont touchées par la compliance à deux égards. D'un point de vue externe, les juges sont plus que jamais appelés à approfondir les relations qu'ils entretiennent avec les autorités de régulation (§1) tandis que certaines juridictions s'inspirent de la souplesse qu'apporte la compliance et en tirent des mécanismes utiles à eux-mêmes (§2).

§1) Un approfondissement des relations avec les autorités de régulation

Avant d'aborder le rôle du juge dans la compliance, il convient de revenir sur celui qu'il joue au sein de la régulation et de le qualifier. Les juges sont eux-aussi des régulateurs. Dans son article aux Petites Affiches, Frédérique Dupuis-Toubol les distingue par le fait que le régulateur peut intervenir à la fois en amont et en aval, tandis que le juge est cantonné à une intervention en aval ou « *ex-post* ». Or, le régulateur dispose de fonctions quasi-juridictionnelles et « *Il n'est pas contestable que lorsque les régulateurs règlent des litiges ou sanctionnent [...] ils empiètent sur la sphère de compétence du juge* »²²¹. Cependant elle déclare très vite que si le juge intervient en complément du

²¹⁸ CE, Assemblée, 21 Mars 2016, Société Fairvesta International GMBH, n°368082 et CE, Assemblée, 21 Mars 2016 Numéricable NC, n°390023

²¹⁹ CA Paris, 19 Décembre 2013, n°12/2264 : « *Cette nouvelle dimension ne figure pas encore dans la loi (hard law) mais, s'agissant de sociétés cotées sur les marchés internationaux, elle a pénétré dans les exigences des régulateurs de marché (soft law) et s'inscrit dorénavant de plus en plus dans les règles de bonne conduite de l'AMF.* »

²²⁰ Décision QPC n°2017-634 du 2 Juin 2017, Considérant 13 à 14

²²¹ Frédérique Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », Petites Affiches n°17 p. 17, 23 Janvier 2003, p. 2

régulateur il ne joue pas pour autant un « rôle complémentaire »²²² mais que « *c'est plutôt de concurrence ou de coopération qu'il convient de parler* »²²³. Il n'est dès lors pas question de parler d'affrontement entre ces deux entités.

Le juge peut en effet intervenir au soutien des pouvoirs quasi juridictionnels du régulateur lorsque ceux-ci sont insuffisants mais, réciproquement, le régulateur peut lui aussi agir main dans la main avec le juge notamment lorsque ce dernier s'appuiera sur les actes de droit souple tels que les lignes directrices ou les recommandations formulées par le régulateur, pour forger ses décisions. Plus simplement le juge peut solliciter l'avis des autorités²²⁴. Il s'agit pour le juge d'exercer une « *fonction de régulation de premier niveau* »²²⁵, dans le sens où il doit connaître d'un litige qui ne vise pas directement le régulateur mais qui le conduira à trancher en interprétant des normes économiques de régulation. Dès lors le juge peut s'appuyer sur l'action en amont du régulateur et le « *dialogue ou la coopération entre eux apparaissent plus naturels* »²²⁶.

D'autre part, comme le rappelle justement le rapport annuel du Conseil d'Etat dédié aux AAI « *Ces autorités ont en commun [...] d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge* »²²⁷. En effet, les juges peuvent aussi limiter l'action des AAI. Selon Frédérique Dupuis-Toubol, lorsque le juge doit connaître des contestations contre les régulateurs, il remplit une « *fonction de régulation de deuxième niveau* »²²⁸ puisqu'il agit indirectement en jugeant l'action du régulateur. C'est le cas de l'affaire SAS AMD Sud-Ouest²²⁹ précitée dans laquelle la CA de Paris avait porté un coup d'arrêt aux trop lourdes sanctions financières de l'ADLC, poussant l'autorité à édicter des lignes directrices relatives aux méthodes de calcul du montant des amendes. Plus généralement c'est le but du juge administratif lorsqu'il accepte de contrôler la légalité des actes de droit souple produisant des effets

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Cela est possible pour l'ALDC : Article L.462-3 du Code de Commerce pour le juge judiciaire et depuis l'arrêt de section Société EDA du 26 Mars 1999 (n°2022260) pour le Conseil d'Etat

²²⁵ *Ibid.* p. 6

²²⁶ *Ibid.* p. 6

²²⁷ Rapport Conseil d'Etat, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », EDCE, 2001, p. 257

²²⁸ Frédérique Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », Petites Affiches n°17 p. 17, 23 Janvier 2003, p. 5

²²⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 19 janv. 2010, SAS AMD Sud-Ouest, n°2009/00334

suffisants²³⁰. L'on comprend aisément que le juge peut désavouer le régulateur et que leur relation dans le cadre des fonctions de deuxième niveau révèle la supériorité du juge. Sur ce volet, le juge agit particulièrement afin de faire respecter les garanties procédurales qui découlent des nombreux pouvoirs reconnus aux régulateurs. Du propre aveu de Jean-Marc Sauvé, ces garanties n'ont pas été prévues à priori, et cette mission est revenue au juge administratif²³¹. Bien souvent le juge tire les conséquences d'arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). C'est le cas dans l'arrêt d'assemblée Monsieur V dans lequel le juge administratif admet qu'il est possible de relever des sanctions infligées par le régulateur²³² suite à un arrêt de la CEDH sollicité par le requérant condamnant la France²³³. Sans nécessiter l'intervention de la CEDH, mais plutôt en accord avec celle-ci, le Conseil Constitutionnel centre lui aussi sa jurisprudence sur la teneur des garanties procédurales et substantielles offertes par les autorités indépendantes de régulation.

Aucune animosité n'est donc à déplorer entre le juge et le régulateur, pas plus que des abus de pouvoir de la part du juge. Il suffit pour s'en convaincre de se pencher sur les jurisprudences récentes en la matière qui consacrent de nouvelles méthodes de régulation et donnent une liberté d'action satisfaisante aux régulateurs. L'on peut citer la décision Société Colruyt rendue par le Conseil d'Etat en 2013²³⁴ qui confirme une sanction financière prononcée par l'ADLC pour défaut de notification d'une opération de concentration malgré le fait que ce défaut n'ait pas entraîné d'effets anticoncurrentiels. Le Conseil d'Etat valide ici le caractère uniquement dissuasif d'une sanction. Il apporte en cela son soutien à l'ADLC qui peut asseoir son influence auprès des opérateurs. De même ces rapports cordiaux peuvent aussi s'expliquer en termes de sociologie juridique puisque les membres des AAI et API sont bien souvent eux-mêmes issus des grands corps de la fonction publique comme le CE, la C.Cass ou encore la Cour des Comptes. Il s'agit d'une critique récurrente qui a été formulée dans les rapports parlementaires relatifs aux AAI dont le rapport Mézard²³⁵, qui parle d'un « *sentiment d'entre soi, de consanguinité ou d'endogamie* »²³⁶.

²³⁰ CE, Assemblée, 21 Mars 2016, Société Fairvesta International GMBH, n°368082 et CE, Assemblée, 21 Mars 2016 Numéricable NC, n°390023

²³¹ Jean-Marc Sauvé, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », Intervention au colloque de la Société de Législation Comparée, 12 Octobre 2012

²³² CE, Assemblée, 30 Juillet 2014, Monsieur V, n°358564

²³³ CEDH, 20 Janvier 2011, Monsieur Vernes contre France, n°30183/06

²³⁴ CE, 24 Juin 2013, Société Colruyt France et Etablissements FR Colruyt, n°360949

²³⁵ Commission d'enquête parlementaire, *Un Etat dans l'Etat : Canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler*, 28 Octobre 2015

²³⁶ *Ibid.* p. 36

Or la compliance n'abandonne pas ces deux niveaux de régulation mais pousse le juge à les adapter aux nouvelles actions que la compliance permet. Ce rôle est encore en construction pour l'heure, mais est appelé à prendre une forme plus précise.

Le juge devra pour cela consolider sa jurisprudence relative aux garanties procédurales notamment dans le contrôle par les régulateurs des procédures de compliance mises en œuvre par les opérateurs. Il peut pour cela s'appuyer sur des bases prétorienne préexistantes telles que le principe de « loyauté de l'enquête » reconnu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation (C. Cass) dans un arrêt du 11 Septembre 2011 ²³⁷. Cet arrêt reconnaît que le principe du contradictoire ne s'applique pas à l'enquête mais que cette dernière doit « *être loyale afin de ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* »²³⁸. Le Conseil d'Etat a reconnu le même régime sans pour autant utiliser l'expression de la Cour de Cassation dans une décision de 2013²³⁹. Ces décisions restent primordiales pour encadrer les relations entre les régulateurs et les entreprises malgré la confiance censée être à la base de la compliance. Sans cette assise juridique, la confiance ne revêtirait qu'une dimension morale qui semblerait précaire sans la protection juridictionnelle. Aucune règle ne s'oppose donc à ce qu'une enquête soit menée sans que l'opérateur en ait eu connaissance.

Mais la compliance va particulièrement toucher la régulation de premier niveau puisque les entreprises sont en première ligne. Bien qu'il soit surtout question d'autorégulation, il n'en reste pas moins que les dispositifs doivent être conforme aux normes publiques. Le juge administratif est susceptible de contrôler la conformité de ces règles avec l'ordre public et l'intérêt général, le juge judiciaire se trouve, quant à lui, plutôt confronté à un contrôle du respect des exigences législatives. A noter que le contentieux n'est que potentiellement pléthorique puisque les règles de l'entreprise subissent avant tout le contrôle des autorités de régulation qui peuvent faire échec à l'intervention du juge dans le cas où elles valident des règles sur lesquelles un doute subsiste. Il en découle la principale critique formulée à l'égard du juge régulateur. Renaud Denoix de Saint Marc²⁴⁰, ancien vice-président du Conseil d'Etat, dénie la qualité de régulateur au juge en se fondant sur son impossibilité de s'auto-saisir, sur sa capacité de ne se prononcer qu'en droit et sur son absence de pouvoir de substitution. Cette critique de 2004 doit être aujourd'hui nuancée puisque le juge, notamment administratif, a pris la pleine mesure de ses

²³⁷ Cass. Com, 6 Septembre 2011, n° 10-11564

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ CE, 15 Mai 2013, Société Alternative Leaders France, n°356064

²⁴⁰ Renaud Denoix de Saint Marc, « Régulateurs et Juges », In *Les régulations économiques : Légitimité et Efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 111 à 117

pouvoirs de plein contentieux, en acceptant de se substituer aux autorités administratives pour réformer leurs sanctions²⁴¹. Cependant l'impossibilité de s'auto-saisir reste aujourd'hui un obstacle à un contrôle juridictionnel intégral.

Dès lors le seul moyen pour le juge de rester pertinent dans le cadre de la compliance est de continuer à entretenir une bonne relation avec les autorités de régulation. C'est le chemin pris par la législation récente puisque la loi Sapin II promeut la coopération entre les juridictions pénales et l'AFA en disposant que la peine de programme de mise en conformité prononcée par le juge est mise en œuvre par l'AFA qui en rend compte au moins annuellement au procureur de la République²⁴². C'est donc dans le sens d'un approfondissement et d'un dialogue constructif que se dirigent le juge et le régulateur.

§2) L'appropriation du juge de moyens de compliance

Le juge s'est mué en régulateur. Face à la compliance il montre des signes d'adhésion à la méthode en elle-même en embrassant certains de ses moyens. Cette position n'est cependant pas commune à tous les juges, mais est appelée à se développer.

Cela se voit à travers l'apparition de moyens souples semblables à ceux mobilisés par les autorités de régulation à l'endroit des opérateurs. Le juge pénal est le premier touché notamment par le biais de la loi Sapin II. Son rôle dans le prononcé d'une peine de mise en conformité a déjà été évoqué, or la création d'une transaction pénale dite « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP) est un signe encore plus probant d'une réelle appropriation des moyens de compliance.

Cette procédure est prévue par l'article 22 de la loi. Elle prend exemple sur le droit américain et les « *deferred prosecution agreements* » (accords de poursuites différées). Il s'agit d'une mesure alternative aux poursuites que peut proposer le procureur dans le cadre des infractions économiques contre lesquelles lutte la loi Spain II. La convention contient des obligations que l'entreprise doit respecter afin de ne pas être poursuivie. Il peut s'agir d'une amende²⁴³ mais aussi de l'obligation de mettre en œuvre un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA pour une durée maximale de 3 ans²⁴⁴. La compliance est donc à l'origine de ce nouveau mécanisme

²⁴¹ Sur le principe : Conseil d'Etat, Assemblée, 16 Février 2009, Société ATOM, n°274000, pour les autorités de régulation voir par ex : Conseil d'Etat, Assemblée, 21 Décembre 2012, Société groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal, n°353856

²⁴² Article 764-44-I du Code Pénal

²⁴³ Article 41-1-2-I 1° du Code Pénal

²⁴⁴ Article 41-1-2-I 2° du Code Pénal

transactionnel. La spécificité de cette mesure alternative réside dans le fait que le juge ne doit pas seulement homologuer la transaction comme cela peut être le cas dans le cadre des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)²⁴⁵, mais doit valider la convention d'intérêt public par une ordonnance²⁴⁶. La validation est un contrôle plus approfondi et opportun que l'homologation puisqu'il doit « *vérifier le bien-fondé du recours à cette procédure* »²⁴⁷ et la « *régularité de son déroulement* ». En cas de non validation, des poursuites seront engagées²⁴⁸. Enfin il est à noter que la convention suspend la prescription du délai de l'action publique qui ne s'éteint que par « *l'exécution des obligations prévues* »²⁴⁹ ce qui explique pourquoi l'ordonnance de validation « *n'emporte pas déclaration de culpabilité* »²⁵⁰ contrairement à la procédure de CRPC.

L'apparition de la CJIP enrichi la justice pénale négociée en faisant de la « *compliance une alternative à la sanction pénale* »²⁵¹. Cela contribue plus largement au mouvement de contractualisation du droit pénal. Elle rend l'action du juge pénal semblable à celle des AAI qui utilisent particulièrement ces moyens en raison de leurs fonctions quasi juridictionnelles. Cette contractualisation apporte de la souplesse à l'action de la juridiction pénale.

Elle soulève aussi plusieurs questions. D'une manière générale certains reprochent aux dispositifs transactionnels « *de ne pas permettre une répression suffisamment proportionnée à la gravité des comportements concernés* »²⁵², d'autant que ces méthodes portent sur des infractions de plus en plus graves. Pascal Beauvais pose quant à lui la question de savoir si « *L'existence d'un accord de volonté pour régler le contentieux né de l'infraction ne marque-t-elle pas, une sortie du champ de la répression ?* »²⁵³

Cette question est éminemment rhétorique puisque qu'il déclare dans le même article que les « *dispositifs transactionnels en matière pénale s'apparentent davantage à un contrat d'adhésion qu'à un contrat*

²⁴⁵ Article 495-9 Alinéa 2 du Code de Procédure Pénal : « *Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui entend la personne et son avocat. Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République* »

²⁴⁶ Article 41-1-2 -II du Code Pénal : « *Le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de validation* ».

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Article 41-1-2-III du Code Pénal

²⁴⁹ Article 41-1-2-IV du Code Pénal

²⁵⁰ Article 41-1-2-II du Code Pénal

²⁵¹ Jean-Claude Marin, « Droit pénal et compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.68

²⁵² Bertrand de Lamy, Observations sous Conseil Constitutionnel, 26 Septembre 2015, « Association France Nature Environnement », QPC n°2014-416, RSC 2015, p. 711

²⁵³ Pascal Beauvais, « Méthode transactionnelle et justice pénale », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 81

*librement discuté [...] laissant peu de place à une véritable négociation »*²⁵⁴. Il précise par exemple, qu'en pratique l'offre ne fait jamais l'objet de contre-proposition. Pour lui, « *la logique contractuelle ne s'impose pas au pouvoir de répression mais se met à son service* »²⁵⁵. La question se pose d'autant moins dans le cadre de la CJIP que l'action publique ne s'éteint que si les obligations sont pleinement exécutées.

En effet, la peine, bien qu'il s'agisse d'un abus de langage puisqu'elle n'est pas issue d'un procès pénal, existe toujours mais sa dimension répressive est enrichie d'un élément dissuasif puisque dans le cas d'une CJIP l'entreprise se voit imposer des obligations qui ont pour but de punir, par le biais de l'amende, mais aussi de prévenir et de faire cesser les risques de réitération de l'infraction par le biais de l'adoption d'un programme de conformité. De plus pour Jean Claude Marin, procureur général près la Cour de Cassation, la compliance peut aussi être envisagée comme une atténuation de la peine dans le cas où l'action publique s'exerce : « *le juge peut prendre en compte [...] l'instauration d'un programme de compliance faisant état de la volonté de la personne morale de ne pas réitérer son comportement. Il peut alors minorer la sanction voire prononcer une dispense de peine* »²⁵⁶. Dès lors la compliance et le droit pénal « *s'articulent* »²⁵⁷.

La compliance peut aussi potentiellement affecter d'autres juges en leur donnant la possibilité de prononcer de nouvelles mesures visant à vérifier le respect des obligations de mise en œuvre de programme de compliance. C'est le cas de la technique américaine du « *monitoring* »²⁵⁸. Elle consiste à nommer un contrôleur indépendant qui sera chargé d'évaluer la qualité d'un programme de conformité. Il travaillera au sein même de l'entreprise. Il formule des recommandations à l'entreprise pendant toute la durée de son intervention et rend un rapport confidentiel au juge. Il décide enfin de certifier ou non le programme de l'entreprise conformément aux exigences du juge. En droit français leur équivalent pourrait être celui le rôle du mandataire. Les « *corporates-monitors* » (la traduction française moniteur d'entreprise ne serait pas fidèle puisque le verbe « *to monitor* » désigne en anglais l'action de surveiller, de contrôler quelque chose) aux Etats-Unis sont surtout désignés dans le cadre des transactions pénales telles que le DPA précitée. Cette technique aurait pu apparaître dans la loi Sapin II. Cependant c'est l'AFA qui a obtenu la faculté de contrôle qualité des programmes de compliance anti-corruption.

²⁵⁴ *Ibid.* p. 86

²⁵⁵ *Ibid.* p. 86

²⁵⁶ Jean-Claude Marin, « Droit pénal et compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.68

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Laurent Cohen-Tanguy, « La vie secrète des corporate monitors », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 91 à 95

La loi lui reconnaît cependant la compétence pour nommer ces contrôleurs indépendants dans l'hypothèse où une décision étrangère obligerait une entreprise à y avoir recours²⁵⁹.

Bien qu'il ne soit pas encore très développé, le « *monitoring* » ouvre une perspective très intéressante pour la compliance française en général. En l'appliquant au-delà d'un cadre répressif, les juges administratifs et judiciaires pourraient y avoir recours afin de ne pas se fier uniquement au contrôle des autorités de régulation. En effet, l'indépendance des « moniteurs » est un gage supplémentaire par rapport aux autorités de régulation qui doivent quant à elle défendre leurs positions et leurs méthodes dans le secteur. Il ne fait cependant pas de doutes qu'un tel dispositif serait mal vu par les autorités de régulation et nuirait à la nécessaire relation de confiance qu'elles doivent entretenir avec le juge. Dès lors cette méthode est aujourd'hui inadaptée à la conception française de la compliance qui tend à donner seule compétence aux autorités de régulation pour apprécier la qualité des programmes de compliance.

Au cours de cette partie, la compliance est apparue à travers un droit protéiforme. C'est également un phénomène marqué par l'interdépendance. Elle se retrouve entre les acteurs mais aussi entre les normes. L'interdépendance est au cœur de la compliance car ses objectifs ne peuvent être réalisés que par celle-ci. Dès lors l'analogie avec la situation internationale qui a présidé à son émergence est claire. La compliance peut justement permettre une « interdépendance heureuse » dans le sens que lui donne le philosophe Albert Jacquard en déclarant qu' : « *Il est [...] souhaitable qu'un alignement sur les systèmes les plus respectueux des hommes soit un jour réalisé; la mondialisation souhaitée sera alors tout naturellement obtenue* ». ²⁶⁰

²⁵⁹ Article 3 Alinéa 2 de la loi Sapin II

²⁶⁰ Albert Jacquard, *J'accuse l'économie triomphante*, Calmann-Lévy, 1995

Seconde Partie : Le renouvellement subséquent de l'approche juridique

La compliance étant désormais réorganisée et mieux perçue, il est possible d'en étudier les effets tant d'un point de vue théorique, sur le sens des concepts juridiques, que concrètement, sur ce que cette nouvelle manière de faire du droit révèle sur l'ordre juridique français, européen et international.

Tout d'abord, il sera question des effets de la compliance sur le droit. Ils sont multiples et doivent être classés. La distinction principale s'articule d'une part sur l'évolution des concepts juridiques induits par la compliance, qui se voient enrichis de nouvelles significations. D'autre part, il sera question du plus large mouvement de modernisation du droit porté par la compliance. Afin de ne pas négliger les aspects techniques et pratiques, cette partie mobilisera une démarche à la fois systémique mais aussi analytique, car le mouvement n'est pas entièrement uniforme et doit être parfois nuancé (**Titre 1**).

Plus précisément, il sera question non plus des effets mais des enjeux de la compliance en droit public. En questionnant, renouvelant le rôle de l'Etat, la compliance intéresse incontestablement le droit public, puisque comme l'avance Didier Truchet : « *Le droit public est le droit de l'Etat* »²⁶¹, or il « *subit le contrecoup de la remise en cause de la légitimité de la vision de l'Etat qui s'était imposé au XX^{ème} siècle* »²⁶². De plus, la compliance n'est arrivée que tardivement dans le droit public français. Elle pose donc de nouvelles questions mais ouvre surtout un champ de perspectives inédites, aussi bien pour le juge administratif que pour le fonctionnement de l'administration, des entreprises publiques ou encore pour la performance publique. Il s'agit ainsi d'adopter une démarche prospective et anticipative à l'aune de l'ensemble des recherches réalisées dans le cadre de ce mémoire. La compliance peut alors éventuellement s'imposer comme une solution d'adaptation au repositionnement de la figure étatique dans le droit et la société (**Titre 2**).

Titre 1 : Les effets de la compliance sur le droit et les institutions

La compliance affecte les concepts juridiques théoriques étudiés par la science du droit. Pour Michel Troper, un concept se définit comme la somme des significations d'un terme ou

²⁶¹ Didier Truchet, *Le droit public*, Que sais-je n°1327, 2003, (Edition de 2014), p. 4

²⁶² *Ibid.* p. 22

d'un ensemble de termes et s'oppose à l'essence. Il se distingue aussi du mot qui peut être orthographiquement le même que le concept, tout en se cantonnant à un contexte donné : lorsque l'on parle du mariage comme de l'union de deux personnes, il s'agit du concept de mariage, si l'on parle du mariage de quelqu'un, on ne parle que d'un mariage entendu communément. Un concept ne peut donc pas connaître de définition ou de contenu univoque mais tente de décrire le minimum irréductible d'une notion. Cela est encore plus vrai pour les concepts juridiques qui utilisent souvent les mêmes termes sans que le régime soit le même selon l'ordre juridique. S'il est vain de prétendre rassembler l'intégralité des sens d'un terme, l'idée est ici de contribuer à cette tâche scientifique collective en donnant le sens des concepts au regard de la compliance (**Chapitre 1**).

Dans une optique plus concrète puisque toujours selon Michel Troper : « *la science du droit doit être distinguée du droit lui-même entendu soit comme système normatif spécifique, soit comme pratique* »²⁶³, la compliance produit des effets au sein même du droit et des ordres juridiques. Sa visée globale a pour conséquence qu'elle atteint aussi bien les Etats que les structures juridiques supranationales. Ses liens étroits avec l'économie affectent bien évidemment les relations internationales. De même les techniques juridiques qui découlent de la compliance sont, elles-aussi, riches d'enseignements sur les évolutions du droit et sur son adaptation aux problématiques économiques et sociales (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les évolutions conceptuelles induites par la compliance

La compliance se distingue par ses implications dans la mutation de nombreuses notions classiques que tout juriste utilise. La plupart de ces concepts prennent un sens nouveau seulement lorsqu'ils sont utilisés dans le cadre de la compliance sans que cela n'entraîne une remise en question de leur définition. Cependant, d'autres, plus rares, peuvent être touchés par la compliance au point qu'elle peut en modifier la perception générale (*Section 1*).

La compliance touche aussi les grandes distinctions didactiques juridiques. Ces dernières s'apparentent plus à des paradigmes qui ont dominés, mais dont la pertinence est remise en cause. De nos jours, elles servent plus un but pédagogique du fait que beaucoup d'auteurs se sont employés à les déconstruire. La compliance ne vient alors que confirmer ce point de vue et accentue une convergence qui pourrait mettre fin à ces distinctions (*Section 2*).

Section 1 : Les mutations de concepts juridiques classiques

²⁶³ Michel Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales*, 1992, 47^{ème} année n°6, p. 1171

La compliance touche les notions d'obligation et de responsabilité en leur donnant un nouveau sens. Une nouvelle nuance des deux notions est apparue sous l'impulsion des théories politistes américaines sur l'« *accountability* » (responsabilité), qui affectent elles-mêmes la notion d'obligation. L'étude de ces auteurs permet de mieux comprendre la philosophie de la compliance mais aussi son effet sur le droit (§1).

En lien avec les développements consacrés à la responsabilité et à l'obligation, la compliance touche plus vigoureusement la notion de norme. Elle conduit à s'intéresser à la question de sa définition car tant dans la valeur que dans son contenu, la norme de compliance interroge. Sa qualité même de norme sera aussi discutée. Cela relance potentiellement le débat sur les critères de la définition de la norme (§2).

§1) L'assouplissement des notions d'obligation et de responsabilité

La notion juridique de responsabilité est l'un des fondements du droit puisqu'elle est à la base de tout système de réparation. Dans le cadre de la compliance, la fonction réparatrice passe au second plan car la responsabilité a pour but principal d'assurer la bonne exécution des missions dévolues aux entreprises, elle est donc dissuasive. Etant originaire des Etats-Unis, la théorie de la compliance s'est développée en langue anglaise. Or la notion de « *liability* » (qui correspond le plus à l'acception juridique française de responsabilité) ne peut rendre compte de la situation spécifique dans laquelle se trouve l'entreprise qui doit prévoir un système de compliance. Les auteurs lui ont donc préféré le terme d'« *accountability* » qui ne doit pas être entendu comme un synonyme au sens strict car il n'est pas « *interchangeable indépendamment du contexte* »²⁶⁴. Comme l'explique Melvin Dubnick, professeur de sciences politiques, dans son ouvrage « *Public Sector Ethics* » (L'éthique dans le secteur public)²⁶⁵, le mot est d'origine anglicane, ce qui explique que les langues romanes ne connaissent pas le terme contrairement aux langues nordiques. Il dérive pourtant étymologiquement du Moyen-Âge et de l'expression française « avoir des comptes à rendre », et semble être l'expression qui traduit le mieux en français l'idée derrière le terme « *accountability* »²⁶⁶.

Pour Melvin Dubnick : « *l'accountability est souvent présentée comme le moyen d'atteindre les bienfaits individuels et collectifs de la démocratie, de la justice, de la performance publique et d'un comportement éthique*

²⁶⁴ Mel Dubnick, « Accountability as cultural keyword », Intervention au Colloque sur la bonne gouvernance, Amsterdam, 9 Mai 2012, p. 20 : « *A synonym of one word is another term that can be used interchangeably with the first regardless of context* ». [Lien : http://mjdubnick.dubnick.net/papers/2012/Dubnick%20VU%202012.pdf](http://mjdubnick.dubnick.net/papers/2012/Dubnick%20VU%202012.pdf)

²⁶⁵ Mel Dubnick, Chapitre 5 « Clarifier l'« *accountability* » : Un cadre théorique éthique », In *Public Sector Ethics*, Routledge, 2012,

²⁶⁶ Ibid.

dans la gouvernance »²⁶⁷ bien que la notion soit « *conceptuellement et empiriquement instable* »²⁶⁸ et que chaque auteur en a sa définition propre. En tant que concept, il est de toute façon vain de chercher à définir l'accountability. Le plus adapté est de chercher ses caractéristiques.

L'ouvrage « *The Oxford handbook public accountability* » tente justement de donner une base générale au concept d'accountability (un « *consensus conceptuel minimal* »²⁶⁹) en prenant l'exemple des nombreux domaines qui l'utilisent. Les auteurs (dont Mark Bovens, professeur de philosophie du droit) retiennent deux principes distincts qui structurent la notion.

*Le premier principe est celui de "possession" (« ownership »)*²⁷⁰ qui découle de l'utilisation du terme accountability dans le domaine des sciences politiques. Il désigne alors la relation entre les électeurs et l'élu, et plus rarement celle de l'élu avec son parti politique. L'électeur doit être en position d'interpeller l'élu sur ses actions et de lui demander des comptes. Cependant, de l'aveu des auteurs, cela est difficilement réalisable dans les démocraties à grande échelle, et est souvent remplacé par la possibilité de « punir » l'élu en le révoquant, tel que le prévoit la procédure américaine du « *recall* » (rappel). Il s'agit là d'un dévoiement du sens originel qui ne prenait pas forcément de dimension punitive.

L'autre principe est celui de « *l'affection d'un droit ou d'un intérêt* »²⁷¹. Les auteurs précisent qu'il est le principe le plus pertinent dans l'approche juridique. L'exemple illustrant ce principe est celui des relations internationales. Il élargit l'idée déjà développée dans le principe de possession que toute « *partie prenante* » (« *stakeholders* ») doit pouvoir interpeller les entités participant à la réalisation des buts communs sur leurs comportements, que ce soit au niveau régional, national ou transnational. Le cadre juridique doit permettre que ces questions soient publiquement posées, et que les intéressés (gouvernements, organisation non gouvernementales et désormais les entreprises avec la compliance) y répondent. L'idée de punition n'est donc pas au premier plan de l'accountability. Il s'agit d'une adaptation pratique puisque le principe de possession utilisé en science politique ne retranscrivait plus le but de ne pas punir systématiquement alors que

²⁶⁷ Melvin Dubnick, « Accounting for accountability », Colloque annuel de l'association américaine de science politique (APSA), Septembre 2005, p. 2 : « *Accountability is often presented as a means by which to achieve the collective and individual goods of democracy, justice, administrative performance, and ethical conduct in governance.* » [Lien : https://pdfs.semanticscholar.org/b204/36ed2c186568612f99cb8383711c554e7c70.pdf](https://pdfs.semanticscholar.org/b204/36ed2c186568612f99cb8383711c554e7c70.pdf)

²⁶⁸ *Ibid.* : « *accountability is, however, a conceptually and empirically slippery word* »

²⁶⁹ Mark Bovens, Robert Goodin, Thomas Schillemans, « The Oxford handbook of public accountability », *Oxford Handbooks*, 2014, p.3

²⁷⁰ *Ibid.* p. 5

²⁷¹ *Ibid.* p. 5 : « *affected right or interest* »

l'accountability questionne avant d'éventuellement, et en dernier recours, punir. Ce principe est donc le plus proche de la compliance, qui se base justement sur la protection des droits des individus.

Il est également intéressant de noter que le mot est utilisé dans le cadre du management public pour décrire la forme de responsabilité que détiennent les services public (et plus largement les organes administratifs) à l'égard des citoyens (et du parlement qui les représentent). L'accountability a d'ailleurs été l'un des grands chantiers de l'administration Obama afin de rendre l'action publique plus transparente, et de permettre au citoyen de demander directement des comptes à l'administration et non plus seulement par le biais de ses représentants. Il est cependant vrai qu'en France, cet office est rempli quasi exclusivement par les autorités indépendantes de régulation, et que les citoyens sont peu sollicités sur les questions de compliance. Dès lors les citoyens, qui font partie des « parties prenantes », ne peuvent directement interpellier les entreprises, laissant ce rôle au législateur par les lois ou les enquêtes parlementaires. Mais cela montre bien que la compliance a transposé cette logique aux entreprises en les intégrant à la réalisation des buts d'intérêt général.

Dans le cadre d'un dispositif de compliance, l'entreprise n'engage pas sa responsabilité stricto sensu, mais elle rapporte sur ses activités à une autorité référant qui dispose, en cas de non-conformité, de la possibilité d'engager la responsabilité de ladite entreprise. Plus souvent, l'autorité ne mettra pas la responsabilité de l'entreprise en jeu mais prendra des mesures plus ou moins contraignantes, visant à ce que l'entreprise réalise correctement les buts qui lui sont assignés. Elle tend donc à effacer l'aspect punitif que l'on retrouve dans la notion juridique de responsabilité, et appelle au contraire au dialogue, aux justifications et à une réflexion collective sur l'action des personnes qui influent sur les intérêts publics.

D'une façon générale, le concept d'accountability est rattaché à la sphère publique et relationnelle. Cela semble être aussi le cas Outre-Atlantique puisque, dans son ouvrage, Melvin Dubnick abonde dans le sens de John Urh pour qui : « *L'accountability est la conformité avec l'autorité. La responsabilité concerne plutôt l'autonomisation et l'indépendance* »²⁷². Dans le cas de la compliance, cette citation montre que les entreprises ne poursuivent plus leurs intérêts personnels mais qu'au contraire, conscients de l'interdépendance des acteurs mondiaux, elles acceptent de se soumettre aux exigences des autorités publiques car elles poursuivent aussi des finalités d'intérêt général. Le fait qu'elles édictent des règles privées ne doit pas être vu comme un facteur d'indépendance puisqu'elles sont contraintes par les autorités publiques à utiliser cette faculté.

²⁷² Mel Dubnick, Chapitre 5 « Clarifier l'« accountability » : Un cadre théorique éthique », In *Public Sector Ethics*, Routledge, 2012, « *Accountability is compliance with authority. Responsibility is about empowerment and independence* »

En conséquence, la notion d'obligation est elle aussi touchée par l'accountability. L'obligation juridique se caractérise classiquement, dès lors qu'il existe une sanction à l'inexécution. Dans le cadre de l'adoption d'un dispositif de compliance, l'accountability tout en désignant une forme de responsabilité, elle se rattache aussi à deux types d'obligations. Tout d'abord l'obligation d'adopter un dispositif de compliance qui peut s'assimiler à une obligation et à une responsabilité classique puisque l'autorité prendra la plupart du temps une sanction.

Cependant, l'obligation qui découle de celle d'adopter un dispositif de compliance se caractérise à l'inverse par son imprécision. Puisque la norme de compliance que l'entreprise doit respecter traduit des objectifs, elle ne prescrit pas un comportement précis mais lui laisse le loisir d'adopter les comportements qu'elle juge nécessaire pour se conformer avec la norme. L'autorité référente sera donc la seule à apprécier le degré de réalisation de l'obligation. Plus rarement, cela sera le rôle du juge en cas de recours de l'entreprise. L'on voit une réelle distorsion de la notion d'obligation dans le cadre du dispositif de compliance puisque les autorités détiennent un panel de mesures (notamment par le biais des actes de droit souple) qu'elles mettront en œuvre selon le degré de réalisation de l'obligation, pour orienter l'action des entreprises sans pour autant les sanctionner ou déclarer que l'obligation n'est pas respectée.

Le Conseil d'Etat, dans son étude annuelle de 2013 consacrée au droit souple, donne un élément de réponse en déclarant que les actes de droit souple « *ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations* ». Cette assertion est juridiquement inattaquable mais nie un certain nombre de faits en pratique. Car si les actes de droit souple sont soutenus par des dispositions de droit « dur », ils tendent parfois à sanctionner ou interdire des comportements au-delà des textes. Ils profitent de la grande marge de manœuvre que leur laisse le droit « dur », qui se borne à énoncer les missions de l'autorité. Ils peuvent alors créer de nouvelles obligations, ou du moins préciser les obligations préexistantes au point d'en modifier l'obligation originelle. C'est ce qu'admet implicitement le Conseil d'Etat dans une décision Bouygues Telecom du 13 décembre 2017 où il juge que les lignes directrices de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) « *relatives au partage de réseaux mobiles [...] ont pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des personnes auxquelles elles s'adressent* »²⁷³. Ainsi, bien que cette obligation ne soit pas autonome puisque fondée sur des dispositions législatives (en l'espèce le Conseil parle « *d'objectifs de la régulation définis à l'article 32-1 du code des postes et des télécommunications* »²⁷⁴), l'ARCEP peut tout de même sanctionner le non-respect de ces lignes directrices par le biais de son pouvoir de

²⁷³ Conseil d'Etat, 13 Décembre 2017, Société Bouygues Telecom, n° 401799, Considérant 7

²⁷⁴ *Ibid.*

sanction (certes, lui aussi tiré d'une disposition législative, l'article L.36-11 du code des postes et des télécommunications²⁷⁵).

§2) La redéfinition de la notion de norme

La norme doit être entendue ici comme une règle de droit qui détient une « *valeur obligatoire* »²⁷⁶. Pour Hans Kelsen une norme est une « *composante de l'ordonnement juridique* »²⁷⁷. Elle tire sa validité de la conformité à la norme supérieure. La plupart des pays occidentaux ont adoptés le normativisme ou du moins la hiérarchie des normes et la philosophie utilitariste. Cependant la compliance a des difficultés à s'insérer dans ce système. Cela pour deux raisons principales

Tout d'abord car la norme de compliance a une valeur imprécise. Ce ne sera pas le cas lorsqu'elle aura valeur législative mais cette hypothèse est rare et cantonnée aux grandes problématiques transversales. Bien plus souvent la norme de compliance proviendra des actes des autorités indépendantes de régulation. Ces autorités devraient logiquement utiliser leur pouvoir réglementaire mais toutes n'en sont pas pourvues et de nombreuses autorités préfèrent fixer et actualiser les objectifs de compliance par le biais d'actes de droit souple. Ces actes ont encore aujourd'hui une valeur incertaine, et certains lui contestent même sa qualité de règle de droit. En cause, l'absence de sanction à inexécution qui est le critère principal de la normativité pour la majorité des positivistes. Pourtant Le Conseil d'Etat a cependant récemment admis la recevabilité des recours à l'encontre de ces derniers dans ces arrêts du 21 Mars 2016.

Comme le précise le rapporteur public Claire Legras sous l'arrêt Casino Guichard Perrachon²⁷⁸ en 2012, le raisonnement du juge administratif face aux actes de droit souple est semblable à celui qu'il utilise pour les circulaires administratives. En partant du principe que la normativité formelle de ces actes est marginale car ils ne peuvent être, qu'au mieux, infra réglementaires, le juge refuse en principe de contrôler aussi bien les actes de droit souple²⁷⁹ que les circulaires qui sont dès lors censés n'avoir que peu d'effets²⁸⁰. Pour autant le juge administratif ne prend ici aucunement conscience de la normativité pratique des actes de droit souple. Cela est

²⁷⁵ L'article précise que ce pouvoir de sanction s'exerce : « *en cas de manquement [...] aux dispositions législatives et réglementaires au respect desquels l'ACPR a pour mission de veiller ou aux textes et décisions pris en application de ces dispositions* »

²⁷⁶ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF (10^{ème} Edition), p.691

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Claire Legras, conclusions sous Conseil d'Etat, 11 Octobre 2012, Société Casino Guichard Perrachon, n°257193

²⁷⁹ Exemple pour des recommandations : Conseil d'Etat, 13 Juillet 2007, Editions Tissot, n°294195

²⁸⁰ Conseil d'Etat, Section, 11 Décembre 1970, Crédit Foncier de France, n°78880

pointé dès 2012 par Claire Legras qui milite pour que le Conseil d'Etat y applique la logique de sa décision Duvignères²⁸¹, dans laquelle il exerce un contrôle concret visant à vérifier si l'acte produit des effets suffisants pour pouvoir être contrôlé. Bien que le Conseil d'Etat ait suivi ses recommandations, il faudra attendre les arrêts Fairvesta et Numéricable pour qu'il mette réellement fin à cette distinction entre normativité formelle et pratique et reconnaisse que les actes de droit souple, malgré leur faible valeur formelle, peuvent parfois être aussi efficaces que des dispositions législatives. Il retient pour cela une acception plus large en consacrant la recevabilité du recours si : « *l'acte est de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou s'il a pour objet d'influencer de manière significative les comportements des personnes auxquelles il s'adresse* »²⁸². L'étude du rapport annuel du Conseil d'Etat pouvait déjà prédire cette évolution puisqu'il y est établi que les actes de droit souple : « *ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires* »²⁸³, ce qui est aussi le cas du droit « dur » et montre que ces actes sont donc susceptibles de faire grief. Cela ne touche pas que le droit français puisque les auteurs du « *Oxford handbook of public accountability* » notent que les chercheurs en droit constitutionnel américain ont du mal à appréhender l'accountability liée à la compliance car cela remet « *en question l'existence et la valeur de certaines normes constitutionnelles* »²⁸⁴.

L'étude annuelle du Conseil d'Etat dédiée au droit souple synthétise aussi une autre remise en question de la définition même de la norme. Tout en déclarant que les actes de droit souple « *ne créent pas par eux-mêmes des droits et des obligations* »²⁸⁵ (c'est-à-dire que cela n'est possible que par les actes de droit « dur ») mais qu'ils présentent « *un degré de formalisation et de structuration qui les apparentent aux règles de droit* »²⁸⁶, l'étude jette le trouble. Si une norme doit avoir une valeur obligatoire et que les actes de droit souple ne peuvent pas créer d'obligation, alors ils ne peuvent pas être qualifiés de normes. Mais en reprenant des procédés d'élaboration et de formalisation semblables à ceux des normes, le droit souple pourrait être qualifié de norme. Dès lors la compliance vient poser la question du critère de la normativité qui peut être soit issue de l'intensité de ses effets (critère pragmatique), soit de son procédé de formation et des personnes qui les édictent (critère organique ou formel). La réponse ne peut évidemment se situer dans l'une

²⁸¹ Claire Legras, conclusions sous Conseil d'Etat, 11 Octobre 2012, Société Casino Guichard Perrachon, n°257193

²⁸² Conseil d'Etat, Assemblée, 21 Mars 2016, Société Numéricable NC, Considérant 6

²⁸³ Conseil d'Etat, Etude annuelle « *Le droit souple* », EDCE, 2013, p. 9

²⁸⁴ Mark Bovens, Robert Goodin, Thomas Schillemans, « The Oxford handbook of public accountability », 2014, p. 6

²⁸⁵ Conseil d'Etat, Etude annuelle « *Le droit souple* », EDCE, 2013, p. 9

²⁸⁶ *Ibid.*

ou l'autre conception et il est même inconcevable de trouver un critère unique de la normativité. Il est donc nécessaire de penser une norme façonnée par ces deux critères. Il est en tout cas indéniable que les actes de droit souple qui prescrivent des objectifs de compliance sont des normes car ils ont des effets pratiques suffisants et sont issus d'autorités indépendantes de régulation qui tirent leur légitimité d'une disposition législative. La compliance vient clairement bousculer la conception très formelle de la normativité qui est à la base de la théorie de Kelsen et donc de notre système de droit. En ce sens il n'en résulte pas une redéfinition de la notion de norme à proprement dit mais une remise en question théorique assez vive pour relancer un débat qui était depuis apaisé.

L'autre difficulté réside dans le fait que la norme de compliance en elle-même n'est pas suffisamment précise. En traduisant des objectifs, elle devient malléable. Pour Jacques Chevallier, citant Luhmann, on voit apparaître un « *droit interventionniste* »²⁸⁷, car la norme juridique ne cherche plus seulement à « *encadrer les comportements mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux* »²⁸⁸. Dès lors, la norme risque en cas d'interprétation trop large de perdre sa validité au regard de la norme supérieure. Or pour Kelsen la norme est « *statique* » dans le sens où son contenu doit être perpétuellement conforme à la norme supérieure. Ce risque est accru par le fait que l'autorité de régulation détermine le contenu de la norme. Elle peut prendre des initiatives trop contraignantes ou plus simplement, déborder du cadre législatif limitant son action. Fort heureusement ce risque est contenu par l'action du juge administratif qui doit purger l'ordonnancement juridique des actes administratifs illégaux. De plus les entreprises font facilement appel à lui dès qu'une autorité semble outrepasser ses compétences.

Plus largement ces difficultés à s'insérer dans l'ordonnancement juridique s'expliquent par la philosophie qui anime la compliance. La compliance est teintée de morale dans le sens où la norme traduit des valeurs. Bien plus que des objectifs, ces normes prescrivent indirectement une rectitude morale à leurs destinataires. Contrairement aux théories jusnaturalistes ces valeurs morales ne sont pas érigées en tant que principe diffus que tout le droit doit respecter. La compliance déroge en ce sens au droit économique classique qui est plutôt axé sur l'efficacité en étant relativement indifférent à la morale. Le droit économique adhère à la vision kelsénienne selon laquelle la norme doit seulement être valide quel que soit son contenu. A contrario, la compliance s'y oppose en donnant une dimension morale au droit économique, quitte à brider pour cela son efficacité au regard de ses effets sur le marché. Le droit économique n'est cependant pas exempt

²⁸⁷ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5ème Edition (2017), p.131

²⁸⁸ *Ibid.*

de valeurs puisqu'il traduit des théories économiques libérales, mais celles-ci n'affectent pas l'humain ou du moins, sont indifférentes à ses droits.

En considération de tous ces éléments, il est probable que la compliance puisse faire ressurgir le débat sur la définition de la norme et renouveler les arguments de la doctrine.

Section 2 : La remise en question des distinctions juridiques classiques

La logique juridique est marquée par son binarisme. Les distinctions ont donc une valeur très importante pour appréhender les systèmes juridiques. La compliance influe particulièrement sur deux distinctions fondamentales dans l'étude du droit. Elle tend à faire converger ces distinctions et contribue ainsi à leur remise en question bien que la doctrine s'y soit attachée depuis plusieurs années.

La compliance touche principalement la distinction entre le droit privé et le droit public. Les évolutions récentes du droit économique impliquent déjà ce mouvement de convergence qui tend à créer un droit des activités économiques ne différenciant que très peu la qualité publique ou privée des opérateurs. La compliance en représente un degré d'approfondissement supplémentaire en intégrant les entreprises et les règles privées au sein de la réalisation de l'intérêt général. D'autres facteurs plus généraux éclaireront le propos notamment l'influence du droit de l'Union Européenne sur cette convergence. (§1)

Plus largement encore, la compliance a le potentiel de rassembler les Etats et de faciliter une convergence des droits internes. Pour autant cela ne peut être réalisé que sur la base d'une volonté politique commune qui impliquerait pour les Etats d'abandonner un certain nombre de décisions au vote de la majorité. A ce titre l'effet extra territorial de certaines législations fortement influencés par les relations internationales constitue une obstruction au développement d'une compliance commune. Les structures régionales telles que l'Union Européenne semblent les plus adaptées au vue de la conjoncture internationale. (§2)

§1) La compliance comme méthode accentuant la convergence entre droit privé et droit public

Dans notre système inspiré de droit romain, la distinction entre droit public et privé est souvent qualifiée de « *summa divisio* » (division la plus élevée). Elle tend pourtant depuis plusieurs années à s'effacer, à être discutée. L'activité doctrinale foisonnante autour de ce thème confirme qu'elle ne retranscrit plus que partiellement la réalité juridique. Bien que l'étanchéité de ces deux domaines est connue, elle reste pourtant une distinction didactique très importante dans l'apprentissage du droit qui persiste dans les rangs des universités. Comme le déclare Félix Rome :

« *Le mur académique qui sépare le droit public et le droit privé semble plus résistant que le défunt mur de Berlin et pour ainsi dire indestructible* »²⁸⁹.

La remise en question doctrinale du principe s'appuie sur le développement de nouvelles branches du droit que certains auteurs qualifient d'hybrides en ce qu'elles sont indifférentes à la qualité publique ou privées des personnes auxquelles elles s'appliquent. C'est le cas du droit de l'Union Européenne qui provoque une double convergence : externe, en rapprochant les ordres juridiques internes membres entre eux et interne, en unissant le droit public et privé au sein des ordres. C'est par exemple l'UE qui a contribué à une convergence des règles dans les contrats de la commande publique. L'arrêt *Sporting Exchange*, précité en première partie, illustre ce mouvement d'égalité entre opérateurs économiques de toute nature sur le plan concurrentiel. Cette jurisprudence communautaire influe évidemment sur les décisions des juges internes. Il est possible de la rapprocher de l'arrêt d'assemblée *Société Armor SNC*²⁹⁰ rendu par le Conseil d'Etat qui admet que des personnes publiques peuvent candidater à l'attribution de contrats de la commande publique sous certaines conditions. Cette décision est due à la politique européenne de libre concurrence et à la marginalisation des pouvoirs exorbitants des personnes publiques dès lors qu'elles agissent économiquement. La Cour de Justice de l'UE admet elle-aussi cette possibilité²⁹¹. L'on passe ainsi en droit français d'un principe de non concurrence à une égale et libre concurrence entre opérateurs privés et publics.

Il en découlerait une convergence qui, sans jamais être totalement uniforme²⁹², s'avérerait suffisante pour questionner la pertinence du maintien de la distinction. Un autre symptôme de cette convergence s'observe par la tendance des personnes publiques et privées à interpréter les notions autonomes de façon similaire. L'on peut citer à cet égard le contrat et le phénomène de la contractualisation de l'action publique (notamment économique) des personnes publiques. Le régime juridique qui en résulte est globalement assimilable aux contrats de droit privé bien que persiste un certain nombre d'exceptions relatives aux missions particulières des personnes publiques.

La compliance est le fruit de ces remises en question. Les évolutions du droit économique, sous l'impulsion du droit de l'Union Européenne et l'apparition du droit de la

²⁸⁹ Félix Rome, « Droit public/Droit privé : je t'aime, moi non plus », *Recueil Dalloz* 2008, p. 2129

²⁹⁰ Conseil d'Etat, Assemblée, 30 Décembre 2014, *Société Armor SNC*, n°355563

²⁹¹ Cour de Justice de l'Union Européenne, 18 Décembre 2014, *Etablissement hospitalier de Careggi*, n°C-568-13

²⁹² Dans le cas de l'application du droit de la concurrence au droit de la commande publique, Grégory Kalflèche parle d'un « *droit de la concurrence spécial* » : Grégory Kalflèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p.2420

régulation, ont permis une convergence des règles de droit économique privé et public (puisque la libre concurrence implique une réduction maximale des pouvoirs exorbitant de la personne publique) jusqu'à engendrer un nouveau droit : la compliance.

Le droit de la régulation a été le fer de lance de cette politique de convergence européenne. Marie-Anne Frison-Roche dit du droit de la régulation qu'il s'est « *mis en place [...] au-delà de la distinction du droit public et du droit privé* »²⁹³. En se fixant pour but « *l'accompagnement de l'ouverture à la concurrence des anciens secteurs monopolistiques de l'Etat* »²⁹⁴ puis « *la gestion économique des défaillances techniques du marché* »²⁹⁵, la régulation économique ne connaît en effet que des opérateurs économiques.

La régulation délaisse la distinction car le caractère public des autorités de régulation n'est présent que pour ouvrir les secteurs sans pour autant les « *abandonner à la concurrence* »²⁹⁶. Leur indépendance et surtout leur impartialité assure aussi que l'utilisation de leurs pouvoirs exorbitants se limitera au strict nécessaire afin de poursuivre l'objectif de maintien de la concurrence. Le droit qu'elles produisent et applique n'est ni public ni privé puisqu'il se destine à s'appliquer aux seuls opérateurs. Pour Jean Paillusseau, il n'est donc plus question de parler des droits économiques mais d'un droit de l'activité économique²⁹⁷, acception certes large mais qui retranscrit bien la convergence à l'œuvre.

La compliance vient quant à elle remplir un office particulier. Jean-Bernard Auby constatait en 2001 que : « *Plus que jamais, le mélange de l'intérêt public et des intérêts privés a le caractère d'un « impensé » dans notre droit administratif* »²⁹⁸. Or c'est justement ce que la compliance prévoit. A l'époque, la régulation était encore un phénomène naissant ou du moins pas assez développé pour pouvoir faire ses preuves quant à cette problématique. La régulation garde peut-être la marque du droit qui a achevé de réduire les pouvoirs exorbitants des personnes publiques dans l'économie. La compliance vient justement harmoniser le mélange d'intérêt public et privé puisqu'elle intègre et reconnaît la personne morale de droit privé dans la réalisation des buts

²⁹³ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *AJDA* 2001, p. 610

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Marie-Anne Frison-Roche, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p.4

²⁹⁶ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *AJDA* 2001, p. 610

²⁹⁷ Jean Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », Dalloz, 2003, *Cahier Droit des affaires* n° 4 du 23 janvier 2003 et n° 5 du 30 janvier 2003

²⁹⁸ Jean-Bernard Auby, « La bataille de San Romano : Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912

d'intérêt général. Elle affecte forcément le droit administratif qui vise justement la réalisation de ses buts mais aussi le droit privé qui doit s'adapter à la consécration de ses nouvelles missions.

Ainsi, en prenant le modèle de la régulation qui considère les opérateurs économiques en dehors de leur qualité publique ou privée, la compliance approfondi la convergence entre personne publique et privée en les associant à la réalisation des buts d'intérêt général. Cela se voit à travers l'utilisation du pouvoir réglementaire par les autorités de régulation qui s'impose à tous les opérateurs, potentiellement, des personnes publiques et privées. D'ailleurs ce même pouvoir réglementaire doit respecter le principe de sécurité juridique applicable à toute personne depuis l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat KPMG de 2006²⁹⁹ qui implique à toute nouvelle réglementation de protéger les situations contractuelles, et donc par extension, concurrentielles³⁰⁰. Le pouvoir normatif n'est donc plus revêtu d'un caractère trop arbitraire puisqu'il doit être pris en considération du contexte.

La distinction entre droit public et droit privé passe au second plan car la compliance montre que le droit public, entendu comme le droit exorbitant visant à la réalisation des buts d'intérêt général, n'est plus l'unique solution. Au contraire, le concours du droit privé et même des règles privées est nécessaire pour que ces buts soient effectivement atteints. Il s'agit d'un alignement « vers le haut » qui vise à protéger efficacement les droits humains qu'il s'agisse de droit privé ou public. En cela la compliance engendre un droit de convergence qui a vocation à s'appliquer à tout opérateur.

La compliance garde cependant un attachement à la distinction entre personne publique et privée puisque la personne publique reste la seule à assumer le rôle de supervision des mécanismes de compliance. Il s'agit là d'une utilisation strictement nécessaire puisqu'elle permet la survivance d'une présence publique dans l'économie. Le seul but de cette distinction est donc de préserver la place de la personne publique et éviter que la régulation ne tombe entre les mains de personnes privées qui ne protègent pas par essence les intérêts publics. De même la fonction du partage de compétence juridictionnelle entre le juge judiciaire et administratif évolue. Si cette distinction est classiquement assimilée à un privilège de juridiction pour la personne publique, il semble aujourd'hui que le juge administratif se recentre principalement sur le contrôle de légalité des actes des autorités indépendantes de régulation, et n'apparaît pas comme un juge complaisant à l'égard des personnes publiques agissant dans l'économie.

²⁹⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, 24 Mars 2006, Société KPMG, n°288460

³⁰⁰ C'est une analogie que l'on retrouve dans l'article de Philippe Terneyre « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA* 2007, p. 1906

La compliance se trouve donc dans le prolongement du mouvement de convergence engagé par le droit économique et y participe en constituant une nouvelle modalité d'approfondissement de l'articulation entre intérêt privé et public.

§2) La compliance comme potentiel instrument de rapprochement des ordres juridiques à l'international ?

Ce mouvement de convergence juridique interne est aussi complété par un mouvement de convergence externe. La philosophie de la compliance est en effet animée par un désir d'alignement de tous les ordres juridiques sur les règles les plus protectrices des droits humains. En tant que concept visant des objectifs globaux au sein d'un marché mondialisé, elle est cependant confrontée aux disparités des régimes juridiques internationaux.

À ce titre, la notion d'extra territorialité s'avère être un instrument intéressant pour diffuser la compliance, mais elle rencontre actuellement deux problèmes majeurs tirés de la problématique plus large de l'influence des relations internationales sur l'économie mondiale. Tout d'abord, l'efficacité de l'effet extra territorial réside dans la puissance et l'influence de l'ordre juridique qui l'édicte. Il doit donc être un acteur stratégique de l'économie mondiale. Ensuite car certains Etats profitent de cette puissance économique pour imposer de réels choix politiques aux entreprises étrangères et aux Etats-tiers. Il en résulte une contradiction avec la compliance car le dispositif ne fait que servir les intérêts d'un Etat au détriment des autres.

Le cas des Etats-Unis doit ici être évoqué. Il est la principale source de législation extra territoriale dans le domaine de la compliance. Cependant si certaines de ces règles traduisent une réelle exigence d'amélioration du respect des droits humains des opérateurs économiques, d'autres apparaissent plus problématiques, car fruit d'une partialité assumée.

Les programmes de compliance tels que ceux du FCPA en matière de lutte contre la corruption doivent ici être exclus car relativement neutre d'un point de vue politique. Dans ce cas l'effet extra territorial vise avant tout le marché intérieur américain en s'appliquant à quiconque agit sur ce marché, quitte à remonter le fil des responsabilités jusqu'à l'étranger.

À l'inverse les programmes de sanctions unilatérales, eux aussi être revêtus d'un effet extra territorial, peuvent remplir une fonction différente. Selon Régis Bismuth, il convient cependant de distinguer les « *sanctions primaires* »³⁰¹ qui visent uniquement les entités présentant un lien territorial ou personnel avec les Etats-Unis et qui n'ont donc aucun effet extra territorial,

³⁰¹ Régis Bismuth, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public » in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 45

des « *sanctions secondaires* »³⁰² dont le caractère beaucoup plus large permet un effet extra territorial. C'est le cas des embargos américains contre des pays considérés ennemis. La liste est fixée par plusieurs lois générales comme le « *Trading with the enemy Act* »³⁰³ (Loi relative au Commerce avec l'ennemi) de 1917 qui permet au président d'interdire formellement par décret toute relation commerciale. Actuellement Cuba est le seul pays à y être inscrit après le retrait récent de la Corée du Nord en 2008.

Cependant la Corée du Nord reste un pays sujet aux sanctions économiques en raison de son inscription dans l' « *International emergency economics powers Act* »³⁰⁴ (Loi relative aux pouvoirs économiques internationaux extraordinaires) qui permet au président de prendre des restrictions économiques envers tout pays qui présente « *une menace inhabituelle ou extraordinaire* »³⁰⁵ pour les Etats-Unis. De ces lois découlent d'autres textes visant directement les pays tels que L'Iran avec la loi « *Iran and Libya Sanctions Act* »³⁰⁶ (Loi relative aux sanctions envers l'Iran) de 1996, complétée par la loi CISADA³⁰⁷ de 2010 signée par Barack Obama. Cette loi ne s'applique plus à la Lybie depuis 2011 mais a été renouvelée pour l'Iran en Décembre 2016. La loi vise directement dans sa section 2 « *les efforts du gouvernement iranien pour développer un programme d'armes de destruction massive faisant peser un risque terroriste* »³⁰⁸.

Selon le contenu des lois, les sanctions secondaires peuvent viser quiconque étant susceptible d'être « *sujet à la juridiction des Etats-Unis* ». Bien plus souvent le système de sanctions s'élargit dans d'autres lois sans aucune limite en visant « *toute personne* » sans distinctions de nationalité. C'est le cas de la loi américaine de sanction contre l'Iran de 1996 précitée dans ses sections 5 qui prévoit un lourd dispositif de sanctions pour toute personne physique ou morale ayant investie plus de 20 millions de dollars dans l'industrie énergétique iranienne. La section 14 de la loi définit la personne comme « *une personne physique ou ; une entreprise, association commerciale, trust, institution financière, assureur, souscripteur, garant et tout autre organisation commerciale, toute autre entité*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ « *Trading with the enemy Act* », USC12 95a, 6 Octobre 1917

³⁰⁴ Loi « *International emergency economics powers Act* », Public law n°95-223, 28 Octobre 1977

³⁰⁵ Code des Etats-Unis, Titre 50, Chapitre 35, §1701 : « *any usual and extraordinary threat* »

³⁰⁶ Loi « *Iran and Libya Sanctions Act* » (Public Law 104-172), version amendée du 15 Décembre 2016 par la Public law n°114-277

³⁰⁷ Loi « *Comprehensive Iran Sanctions Accountability, and Divestment Act* », Public law n°11-195, 1er Juillet 2010

³⁰⁸ Loi « *Iran and Libya Sanctions Act* » (Public Law 104 -172), version amendée du 15 Décembre 2016 par la Public law n°114-277, Section 2 : « *The efforts of the government of Iran to acquire weapons of mass destruction* »

non gouvernementale, organisation, groupe, et tout autre entité gouvernementale agissant comme une entreprise commerciale »³⁰⁹.

Or, le droit international cautionne ces méthodes par son abstention : d'une part, il ne réprime pas l'effet extra territorial et d'autre part, les personnes n'ayant pas la nationalité américaine ne sont pas juridiquement tenues de se soumettre aux sanctions. Cependant au vue de l'importance du marché américain, il résulte une situation de fait qui empêche de nombreuses personne étrangère à violer ces embargos car les conséquences économiques seraient trop lourdes. Dans sa section 6 la loi de sanction contre l'Iran de 1996 prévoit 12 sanctions dont une interdiction d'accès au marché financier américain, une interdiction de prêt par les banques américaines ou encore le gel des avoirs aux Etats-Unis de la personne concernée. Indirectement les Etats-Unis peuvent ainsi contrôler le comportement d'opérateurs économiques étrangers puisque le marché américain est incontournable pour les entreprises transnationales.

Cette situation est source de conflit car elle produit de lourdes conséquences extérieures. Régis Bismuth note que bien des Etats tentent de répliquer par des « *lois de blocage* »³¹⁰ neutralisant l'effet extra-territorial, mais leur efficacité n'est que « *ponctuelle [...] [elles] sont cependant loin d'être le remède miracle* »³¹¹. Il prend pour cela l'exemple du règlement du Conseil européen 2271/96 du 22 Novembre 1996 « *portant protection contre les effets de l'application extra territoriale d'une législation adoptée par un pays-tiers* »³¹² qui sanctionne toute entreprise se soumettant aux sanctions américaines³¹³. Ce règlement a été pris contre l'embargo américain sur Cuba mais n'a jamais été appliqué, la crise ayant été réglée par la diplomatie.

Régis Bismuth constate que ces textes n'interviennent que quand les sanctions porteraient « *significativement* »³¹⁴ atteinte aux intérêts des entreprises plutôt que pour « *préserver et défendre les principes du droit international* »³¹⁵. La récente annonce du retrait américain de l'accord iranien de 2015 mettant fin à l'interdiction du commerce avec l'Iran laisse la même impression. La France et

³⁰⁹ Loi « *Iran and Lybia Sanctions Act* » (Pubic Law 104-172), Section 14, §15 : « *A natural person or ; a corporation, business association, partnership, society, trust, financial institution, insurer, underwriter, guarantor, and any other business organization, any other nongovernmental entity, organization, or group, and any governmental entity operating as a business enterprise* »

³¹⁰ Régis Bismuth, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public » in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 57

³¹¹ *Ibid.* p.58

³¹² JOCE, 29 Novembre 1996

³¹³ Article 5 du règlement n°2271/96 du 22 Novembre 1996

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*

l'Allemagne, parties à l'accord contestent la décision américaine en raison des contrats déjà signés avec l'Iran, notamment avec la société franco-allemande « *Airbus* ». La société pétrolière française « *Total* » a quant à elle choisi de négocier directement avec le gouvernement américain afin d'obtenir une dérogation, preuve que la réaction européenne n'est pas encore à la hauteur. Cependant les 16 et 17 Mai 2018, réunis à Sofia, les membres de l'UE ont décidé de réactiver le règlement de 1996 de blocage afin de contrer les sanctions américaines contre les entreprises entretenant des relations avec l'Iran.

La compliance a permis de mettre en évidence avec plus d'acuité les problèmes évidents que soulève l'effet extra territorial de la législation américaine. Cette prise de conscience doit désormais se muer par une prise en main commune des Etats. Si un instrument international est en cours de création avec pour effet une convergence sur une base minimale, la réponse forte semble se situer du côté des structures supranationales régionales. En effet l'Union Européenne apparaît comme la seule entité capable de rivaliser avec les Etats-Unis pour appliquer une compliance moins partielle et répressive. Elle s'organise dès maintenant puisque l'Europe oblige les pays non membres à se soumettre à de nombreuses réglementations commerciales pour accéder au marché intérieur. Il s'agit là d'un effet extra-territorial bien moins brutal, qui correspond bien plus à la philosophie de la compliance puisqu'il s'agit d'une mesure *ex-ante*.

Ces standards européens s'enrichissent des objectifs de la compliance. La directive 2014/95/UE (dite « directive RSE ») relative à la publication d'informations non financières par les entreprises de plus de 500 salariés oblige ces dernières à publier des rapports sur les « *incidences de [leurs] activité[s] relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption* »³¹⁶. Elle permet par exemple d'éviter que les entreprises aient recours, même indirectement, au travail des enfants, interdit par l'article 32 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Plus largement le marquage et la labélisation des produits empêchent ces dérives pour les entreprises des pays tiers à l'Union. Enfin, les clauses de droits de l'homme sont désormais obligatoires pour « *tous les accords commerciaux ou de coopération conclus avec des pays tiers* »³¹⁷. C'est un mouvement progressif mais qui est appelé à s'accélérer. Le mouvement n'est évidemment pas uniforme puisque la politique y joue toujours un rôle perturbateur. La décision du 4 Juillet 2017 de la Commission Européenne³¹⁸, d'autoriser la culture de trois type de maïs transgénique contre l'avis des Etats-membres qui s'y étaient largement

³¹⁶ Article 1^{er} de la directive 2014/95/UE du 22 Octobre 2015

³¹⁷ En vertu de l'article 3§5 du TUE. Information tirée du [site de l'UE](https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_fr) : https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_fr

³¹⁸ Décision UE 2017/1207 du 4 Juillet 2017

opposés par deux vote les 27 Janvier et Mars 2017, est un contre-exemple. Cependant l'action de l'UE par le biais des superviseurs européens tel que l'ABE, favorise ce mouvement de convergence.

C'est aussi dans cette optique de concurrence pour l'influence mondiale que Marie-Anne Frison-Roche appelle de ses vœux à construire une « *Europe de la compliance* »³¹⁹ à même de rendre le système de sanction extraterritorial américain désuet. L'action européenne, plus désintéressée, peut alors penser un système extraterritorial de compliance moins répressif, provoquant un alignement « vers le haut », c'est-à-dire vers la réglementation la plus protectrice des droits de l'homme.

Chapitre 2 : Un facteur certain de la modernisation du droit

À bien des égards, la compliance apparaît comme une méthode nouvelle visant à moderniser le droit. La modernisation doit être ici entendue dans son acception large, c'est-à-dire qu'elle permet au droit de suivre et de s'adapter aux progrès techniques et sociaux. Ainsi, la critique récurrente de l'inertie du droit et de la lenteur de son évolution peut être en partie nuancée.

Cette modernisation se voit à travers le fait que la compliance est un outil dont la souplesse permet à l'Etat de s'adapter à ses nouvelles missions au regard de sa position contestée par les entreprises dans l'économie, mais aussi dans le système mondial. L'Etat apparaît moins hégémonique en laissant à d'autres entités, la possibilité d'intervenir sur des domaines dont elles étaient auparavant exclues. Il est donc question des impacts de la compliance sur la théorie de l'Etat (*Section 1*)

Enfin cette modernisation s'observe à travers les mécanismes juridiques car la compliance favorise et développe de nouvelles façons de faire du droit. En lien avec les évolutions de l'Etat, le droit issu de la compliance se caractérise par la plus large place qu'il laisse aux règles non-étatiques et aux procédés participatifs. (*Section 2*)

Section 1 : La compliance élément d'adaptation du droit aux évolutions institutionnelles

En première partie, la compliance est apparue comme maintenant la pertinence de l'Etat et des personnes publiques dans l'économie en assurant le respect des droits de l'homme. Mais la question de savoir ce que la compliance dit de cette nouvelle position de l'Etat est restée relativement à l'écart. Les développements suivants viennent donc éclairer ce sujet.

³¹⁹ Marie-Anne Frison-Roche, « Pour une Europe de la Compliance », *Dalloz*, A paraître en 2019

Dans un effort de théorisation et de précision plus approfondi, il sera dans un premier temps question des enseignements qu'il convient de tirer sur la conception de l'Etat depuis que la compliance est apparue. En effet, bien que la question du remplacement de l'Etat soit très abordée par la doctrine, la compliance permet d'agréer le débat puisqu'elle est un symptôme de ces changements. (§1)

Au niveau international, la compliance s'inscrit dans le mouvement de « *global gouvernance* » (gouvernance mondiale). Cet anglicisme forcé par l'absence de traduction française désigne au sens large la façon d'exercer le pouvoir. À l'aune de la compliance, la gouvernance est marquée par une prise en compte plus large des grands enjeux humains. Si cela était déjà au centre de l'action des Etats et des personnes publiques, ce sont maintenant les personnes privées qui doivent développer une gouvernance respectueuse des droits. Le droit international est donc touché par ces nouveaux modes de gestion. (§2)

§1) Un droit adapté à la figure nouvelle d'un Etat néo-moderne

Dans son ouvrage « *L'Etat postmoderne* », Jacques Chevallier décrit ce qu'il considère comme un nouveau paradigme de l'Etat. Ce phénomène est rattachable à la compliance car elle est en accord avec la définition large qu'il en donne, à savoir des Etats « *dans lesquels la souveraineté tend à faire place à une logique nouvelle reposant sur le rejet de la force et privilégiant le droit, la négociation et la coopération internationale* »³²⁰. Cela recoupe les moyens souples que mobilise la compliance. Il y oppose les Etats modernes qui sont définis comme les Etats qui détiennent le « monopole de la violence légitime » conformément à la notion de Max Weber³²¹.

Jacques Chevallier énonce cependant un certain nombre de réserves qui valent tout autant pour les présents développements. Le concept d'Etat postmoderne est « *un idéal type au sens webérien* »³²², il n'est « *pas la réalité historique ni surtout la réalité authentique. Il n'a d'autre signification que d'un concept limite purement idéal auquel on mesure la réalité et avec lequel on le compare.* »³²³. Enfin le siège du modèle de l'Etat postmoderne se trouve « chez les sociétés occidentales ». Le mouvement est donc loin d'être mondial.

L'Etat postmoderne se caractérise par la rupture de « *l'équilibre subtil* » entre libertés individuelles et collectives produit par l'Etat moderne : En permettant le règne de la liberté

³²⁰ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5ème Edition (2017), p.20

³²¹ Max Weber, *Le savant et le politique*, Edition 10/18, p. 125

³²² Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5ème Edition (2017), p.20

³²³ Max Weber, *Le savant et le politique*, Edition 10/18

individuelle (« l'hyper individualisme » ou plus simplement les postures de repli communautaire), l'Etat postmoderne a conduit à fragiliser les liens sociaux et donc les libertés collectives. Or ces libertés collectives revêtaient une importance cruciale dans l'Etat moderne car elles sont celles qui permettent aux citoyens de s'exprimer face à la toute-puissance étatique. L'idée d'une société prise dans son ensemble est donc battue en brèche. Pour autant ces libertés n'ont pas disparues, bien au contraire, leur exercice a simplement été modifié. L'Etat n'a pas le champ libre car l'hyper individualisation n'empêche pas aux citoyens d'être revendicatifs, notamment depuis l'émergence d'internet et la création d'une citoyenneté virtuelle où chacun est libre de s'exprimer et d'être entendu. Au contraire, cet éparpillement crée un mouvement plus large et collectif de contestation des outils traditionnels de l'Etat moderne, auquel l'Etat a répondu par un assouplissement de son action. C'est donc bien plus la forme que le fond de l'Etat qui a été transformée.

Or comme l'explique Chevallier : « *À l'émergence d'un Etat postmoderne correspond inévitablement l'avènement d'un droit postmoderne* »³²⁴. Ce nouveau droit est paré des mêmes atouts que l'Etat postmoderne, à savoir une intervention moins brutale, une priorisation de la négociation. Il surmonte le droit moderne qui est, quant à lui, « *arrimé à l'Etat* »³²⁵. Le droit souple, moyen privilégié par la compliance, en est un exemple, mais plus encore les procédés participatifs et consultatifs dans l'élaboration du droit qui ont fait l'objet d'une étude annuelle par le Conseil d'Etat³²⁶, bien que cela n'efface que partiellement l'unilatéralité de son action.

C'est plus simplement le cas des autorités de régulation indépendantes qui cumulent l'utilisation de moyens souples et une garantie d'indépendance qui les séparent de l'Etat. Plus encore dans la compliance, en confiant la réalisation des objectifs aux entreprises qui les atteignent par l'édiction de règles privées, un nouveau cap est franchi. La production normative a des origines plurielles. Le droit n'est donc plus consubstantiel à l'Etat contrairement à la vision moderne et notamment celle de Kelsen, la conception moniste du droit ne retranscrit plus la réalité.

La fonction du droit et plus précisément de la norme juridique est désormais d'« *atteindre certains objectifs et (de) produire certains effets économiques et sociaux* »³²⁷. C'est un tournant positif car la norme juridique dans la théorie moderne est idéalisée : « *La société moderne repose sur une confiance*

³²⁴ *Ibid.* p. 125

³²⁵ *Ibid.* p. 126

³²⁶ Conseil d'Etat, Etude annuelle « Consulter autrement, participer effectivement », EDCE, 2011

³²⁷ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5^{ème} Edition (2017), p. 131

absolue dans le droit »³²⁸ en raison du « *postulat selon lequel [s]es [...] normes sont rationnelles* »³²⁹ et parfois prise pour une réalité. Or ce nouveau « *droit régulateur* »³³⁰ tente d'influer sur les équilibres sociaux plutôt que de les consacrer. Il est à la fois « *réflexif* »³³¹, car il négocie avec les destinataires de la norme mais aussi « *incitatif* »³³² en provoquant une « *rétenion des procédés de contraintes* »³³³. C'est exactement le rôle du régulateur face à l'entreprise dans la compliance qui négocie la nature des objectifs et leur niveau d'exigence selon les spécificités sectorielles et qui, par ses moyens alternatifs aux sanctions, tend à réduire l'aspect répressif attaché à la personne publique dans le cadre de son contrôle.

L'ouvrage de Jacques Chevallier est très convaincant et prouve les transformations profondes de l'Etat. La compliance en est un exemple topique car, contrairement au droit moderne, elle engendre un droit qui place son ressort sur l'efficacité de la norme quelle que soit sa valeur formelle. Pour cela elle n'hésite pas à laisser l'acteur le plus à même de rendre la norme efficace l'édicter lui-même, qu'il s'agisse ou non de l'Etat.

Cependant l'expression postmoderne peut être discutée dans le cas précis de la compliance. Le postmodernisme en tant que courant philosophique implique en effet une déconstruction quasi-totale de la philosophie moderne. Il s'agit en réalité de la philosophie des Lumières qui s'appuie sur le libéralisme au sens large et l'exaltation de l'individu. Le droit moderne est lui-même basé sur la philosophie des Lumières en promouvant l'individualisme et l'Etat comme structure vitale de la société.

Or si, dans le cadre de la compliance, l'Etat s'efface au profit de nouvelles entités, la compliance permet, à l'inverse, une pérennisation et une légitimation du système économique libéral en l'humanisant. Ce n'est donc qu'une remise en question partielle de la modernité ou plutôt une adaptation de la modernité aux évolutions sociales. En cela l'expression de « *néo-modernisme* » semble plus adaptée pour décrire l'Etat à l'aune de la compliance. Jacques Chevallier s'est cependant déjà prémuni de ce débat en pointant la contradiction du mouvement postmoderne qui présente des aspects d'« *hyper-modernité* »³³⁴ comme la précarisation des liens

³²⁸ *Ibid.* p. 130

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.* p.131

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.* p. 18

sociaux et l'individualisation massive mais aussi « *anti-moderne* »³³⁵ car il n'utilise plus les mêmes outils et ne fonde plus sa réflexion sur les mêmes structures (ce qui est le cas puisque l'Etat n'est plus le seul producteur de normes, et la fonction même des normes est différente).

Quel que soit la position retenue, il ne fait aucun doute que la compliance est l'une des émanations de ces évolutions qui touchent l'Etat.

§2) Un droit adapté au renouvellement de la gouvernance internationale

Au niveau international, la compliance affecte aussi bien les Etats que les entreprises par le biais de la gouvernance. Ce terme prédéfini en introduction est utilisé aussi bien dans le cadre public que privé pour désigner une bonne gestion. Cette bonne gestion peut recouvrir une pluralité de sens, et il est tout à fait possible de faire l'analogie avec les moyens de la compliance. C'est-à-dire en privilégiant une intervention souple, une négociation avec les parties prenantes visant à prendre des décisions éthiques. S'il est originellement question de gouvernance dans le cadre de l'entreprise, le droit international s'est saisi de l'expression pour qualifier les changements récents tant en droit international public que privé.

L'on voit par exemple le développement du terme de « *global governance* » (gouvernance globale) selon lequel : « *le droit international privé serait désormais conçu et évalué à partir des besoins de la société internationale, caractérisée par l'absence d'un pouvoir centralisé* »³³⁶. La « *global governance* » montre que les Etats ne sont plus les acteurs hégémoniques qu'ils étaient sur la scène internationale. Dans son article à la revue internationale de droit économique³³⁷, Horatia Muir-Watt observe que « *l'ère de la globalisation a accueilli le modèle concurrentiel néolibéral* »³³⁸ dont résulte la « *primauté du marché et [...] l'hypertrophie de l'international* »³³⁹. Or, justement pour surmonter ce défi, le droit international fait « *renaître de ses cendres libérales sous une forme plus sociale ou collective* »³⁴⁰ le « *courant des droits de l'homme né des Lumières* »³⁴¹. Ce n'est finalement que la traduction internationale de la situation économique

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ David W. Kennedy, « *A world of struggle. How power, law and expertise shape global political economy* » (Un monde de lutte. Comment le pouvoir le droit et l'expertise façonne l'économie politique globale), Introduit par Toni Marzal, *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 167

³³⁷ Horatia Muir-Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 59,

³³⁸ *Ibid.*, §2

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.* §3

³⁴¹ *Ibid.*

mondiale dressée en première partie de ce mémoire³⁴² : le droit international privé a été au centre de la mondialisation et s'est fondé sur une logique fonctionnaliste dans laquelle l'efficacité économique était le seul critère de décision. Il a donc indirectement permis l'apparition des effets systémiques que sont les risques ou les violations de droits humains, tels que la pollution, et la corruption, car il s'est abstenu de réguler « *l'explosion du pouvoir économique privé* »³⁴³. L'arrivée de la théorie des droits fondamentaux en droit international privé permet de « *décloisonner* »³⁴⁴ la matière et représente un « *effort pour répondre politiquement à des besoins qu'une discipline trop figée n'était plus en mesure d'entendre* »³⁴⁵. Le droit international privé suit donc la logique de la compliance et permet de créer un cadre idoine à son développement.

Cette position est relativement nouvelle pour le droit international privé, notamment car la « *prévention la plus efficace des effets systémiques [...] relève [...] de la régulation publique interétatique* »³⁴⁶. Cependant, le droit international privé peut jouer un rôle complémentaire car « *les réponses publiques, généralement ex-ante et jamais au cas par cas ne sont pas toujours ajustées et peuvent s'avérer inadéquates pour couvrir l'ensemble des phénomènes en cause* »³⁴⁷. Les antagonismes des deux branches du droit international seraient donc en train de s'effacer pour laisser place à une coopération.

Plus intéressant encore pour la compliance, le droit international privé joue un rôle « *distributif* »³⁴⁸, c'est-à-dire qu'il vient surtout régler les conflits de règles étrangères. Muir-Watt cite ici Christiane Joerges³⁴⁹ qui tente de concevoir une « *métarègle de conflit* »³⁵⁰ afin de pouvoir résoudre des « *conflits entre normes provenant de sources publiques et privées diversifiées* »³⁵¹. En prenant en compte les droits fondamentaux (ce que Muir-Watt appelle la « *confluence du droit international privé et des droits fondamentaux* »), le droit international privé pourrait donc faire primer les règles les plus

³⁴² Voir page 24 du présent mémoire

³⁴³ Horatia Muir Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *Revue internationale de droit économique*, 2013, p. 59, §9

³⁴⁴ *Ibid.*, §4

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*, §9

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Référence tirée de la note de bas de page n°47 de l'article : Christian Joerges, « *On the Legitimacy of Europeanising Europe's Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)fication (justum facere) for the EU Multi-Level System* », *EUI Working Paper* n° 2003/3

³⁵⁰ *Ibid.*, §11

³⁵¹ *Ibid.*

protectrices en matière de droits tout en coordonnant son action avec les structures publiques régies par le droit international public.

Cette notion de gouvernance se retrouve bien évidemment en droit international public mais surtout en droit européen. La notion y est utilisée depuis peu, mais désigne en réalité ce renouvellement dans le pilotage des missions classiques des personnes publiques. Le terme est devenu usuel depuis l'adoption, par la Commission Européenne, du livre blanc sur la gouvernance européenne en 2001³⁵². Le but avoué de ce livre blanc est de fournir les pistes permettant aux institutions européennes de reprendre la confiance des citoyens et de répondre à leurs attentes grandissantes. Plus proche encore des enjeux de compliance, le livre déclare que l'UE est « *en première ligne pour répondre aux défis de l'environnement [...], aux interrogations sur la sécurité alimentaire, la criminalité [...]* »³⁵³. Le livre est consacré aux pistes permettant l'ouverture et la participation citoyenne à l'élaboration des politiques européennes. Bien que l'UE ait encore l'image d'une organisation technocrate dans laquelle s'affronte intérêts économiques et humains, et que la transparence des institutions fasse débat, il est des domaines dans lesquelles l'action de l'UE en faveur des droits fondamentaux doit être saluée.

Dans le cadre du numérique et de la protection des données personnelles, l'adoption du RGPD est un exemple phare. Tout en étant un outil prometteur et extrêmement protecteur, son entrée en vigueur a été précédée d'une consultation à échelle européenne entre Juin et Juillet 2016, relayée par les autorités de protection des données numériques. Les consultations n'ont servi que pour édicter des lignes directrices et sont donc intervenues postérieurement à l'adoption du texte, ce qui relativise l'impact réel des consultations. Plus largement, la Commission centralise sur une page web la totalité des consultations qu'elle réalise. Aujourd'hui elle compte près de 460 consultations sur divers sujets³⁵⁴. Pour autant, leur succès et surtout leur exposition et promotion reste très peu satisfaisante, la consultation organisée par la CNIL sur le règlement européen n'ayant récolté que 172 contributions³⁵⁵.

Un dernier signe de l'émergence de la gouvernance mondiale doit être ici évoqué. Il s'agit du mouvement de contractualisation en droit international public. Il est possible de la rapprocher de la gouvernance puisque la contractualisation tend à atténuer l'unilatéralité qui caractérise

³⁵² Acte COM 2011 428 du 25 Juillet 2001, « Gouvernance Européenne : un livre blanc »

³⁵³ *Ibid.*, p. 3

³⁵⁴ Voir sur le site de la [Commission Européenne](https://ec.europa.eu/info/consultations_fr) : https://ec.europa.eu/info/consultations_fr

³⁵⁵ Communiqué sur le [site de la CNIL](https://www.cnil.fr/fr/transparence-et-transferts-internationaux-de-donnees-contribuez-aux-nouveaux-themes-de-la) relatif à la synthèse de la consultation publique sur la protection des données : <https://www.cnil.fr/fr/transparence-et-transferts-internationaux-de-donnees-contribuez-aux-nouveaux-themes-de-la>

l'action des personnes publiques, en la rendant plus respectueuse de l'autonomie de la volonté. À l'origine apanage de l'ordre interne, elle affecte désormais le droit international, car l'action publique peut être pensée au-delà des frontières matérielles.

Pour Muriel Ubéda-Saillard « *Ce mouvement s'inscrit plus généralement dans les mutations que connaît la société internationale. En quête d'une meilleure gouvernance, l'action publique doit apporter des réponses appropriées à la mondialisation et à la protection des biens et valeurs publics mondiaux, et elle mobilise pour ce faire des méthodes d'action qui se caractérisent à la fois par un retrait de l'État, une implication croissante de la société civile et une concertation entre les différents acteurs concernés* »³⁵⁶. Elle pointe surtout un double intérêt du contrat. Il permet aux entreprises transnationales « *d'accéder à l'ordre juridique international* »³⁵⁷ et donc au marché, en passant des contrats avec les Etats mais aussi avec les entités publiques infra-étatiques. Ces contrats tendent à être de moins en moins asymétriques bien qu'ils restent à la faveur des personnes publiques qui protègent des intérêts de même nature. D'autre part le contrat permet à la personne publique de soumettre l'entreprise transnationale au respect des droits de l'homme. Cela permet que les entreprises, dont les textes signés par les Etats relatifs aux droits de l'homme sont inopposables, soient forcées de les respecter pour continuer leurs relations contractuelles. La contractualisation permet donc de satisfaire les intérêts antagonistes de la personne publique et de l'entreprise transnationale telle que la compliance le souhaite.

La compliance peut enfin être une forme de contractualisation par analogie dans le sens où la norme est individualisée aux spécificités de son destinataire. C'est la somme de tous ses destinataires qui forment un ensemble cohérent visant à augmenter la protection des droits humains dans l'économie. La gouvernance peut ainsi être vue comme l'une des modalités du développement la compliance à l'échelon international.

Section 2 : L'approfondissement de mécanismes juridiques novateurs

La compliance concentre également des évolutions juridiques. Mais plutôt que de créer ses propres mécanismes, elle se repose sur des mécanismes préexistants et les adapte à son action. C'est aussi dans la diversité des mécanismes qu'elle utilise que la compliance parvient à apparaître comme une méthode pionnière.

Cela passe en premier lieu par l'utilisation du droit non étatique. Cette catégorie générique de droit connaît un gain sans précédent d'influence. Elle est en réalité très diversifiée, et s'avère essentielle pour la compliance qui repose sur l'autorégulation. Ce développement n'est pas naturel

³⁵⁶ Muriel Ubéda-Saillard, « Le processus de contractualisation en droit international public », *RFD* 2018, p. 22

³⁵⁷ *Ibid.*

puisqu'il est soutenu par les personnes publiques qui ont légitimé son recours. Le but des personnes publiques est de permettre une cohérence de ce droit avec celui qu'elle édicte. (§1)

Enfin la compliance ne peut réussir que si une bonne procédure de définition des objectifs à remplir a été réalisée au préalable. De plus les autorités et les entreprises approfondissent leurs relations afin que chaque objectif puisse être éventuellement revu selon les évolutions du secteur ou de la conjoncture économique générale. En ce sens la compliance promeut un droit négocié plus attentif à son interlocuteur que dans les procédés participatifs classiques. Il en résulte une procédure d'élaboration rallongée mais source d'une meilleure qualité du droit. (§2)

§1) Le développement et l'affirmation du droit non étatique

Le droit non étatique peut se définir au sens large comme une tautologie : il s'agit de tout le droit qui n'est pas ou partiellement, issu du processus normatif classique de l'Etat. L'expression est malheureuse puisque malgré tout, l'Etat est toujours lié plus ou moins directement au droit non étatique. En se repliant sur ses compétences les plus importantes l'Etat a laissé le champ libre aux règles privées, mais il influence bien souvent leur contenu. Pour Jacques Chevallier, c'est un symptôme de la régulation juridique qui a mis fin à la conception moniste du droit en multipliant les producteurs de normes³⁵⁸. Cela regroupe donc des méthodes nouvelles qui permettent de pallier les faiblesses de l'Etat. On y trouve plusieurs catégories avec des fonctions particulières dans le cadre de la compliance.

Tout d'abord le droit extra-étatique. Il s'agit du droit qui présente le lien le plus distendu avec l'Etat. Ce droit s'assimile au « droit global » dans le sens où il est surtout « *conçu et appliqué en dehors des Etats* »³⁵⁹. Il est fondé sur une logique d'autorégulation dans laquelle les entreprises transnationales seules, ou en groupements, s'imposent elles-mêmes des règles. Les chartes éthiques en sont un exemple, mais les entreprises ont aussi recours à des systèmes de labellisation ou de certifications par des ONG. Cependant il s'agit bien souvent de co-régulation aux côtés de l'action des organisations internationales, l'OCDE note par exemple, dans un rapport sur la responsabilité des entreprises, que ses propres principes directeurs permettent de guider les entreprises qui décident volontairement de s'imposer des règles éthiques³⁶⁰.

³⁵⁸ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5ème Edition (2017), p.157

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 158

³⁶⁰ Rapport OCDE, « Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics », 2001, p. 11

Pour Jacques Chevallier, le droit extra-étatique a une autonomie « *relative* »³⁶¹. Il note à juste titre que ces règles privées économiques nécessitent « *la médiation de l'Etat* »³⁶². Cela se vérifie avec la compliance qui s'appuie sur le droit extra-étatique mais tend à y exercer un rôle important qui façonne son contenu. L'autorité de régulation, même indépendante, garantit un contrôle public tant sur la nature des objectifs, que sur leur réalisation effective. Dès lors la légitimité de ce droit extra-étatique repose avant tout sur une reconnaissance par les personnes publiques. Sans ce soutien, les initiatives volontaires, aussi honnêtes soit-elle, n'auraient pas le même impact.

Le droit supra-étatique est bien plus connu et classique mais son influence est grandissante et doit donc être abordé succinctement. Il s'agit tout simplement des normes de droit international auxquelles les Etats consentent. Souvent étudié sous l'angle de la perte de souveraineté des Etats car ils s'imposent volontairement des contraintes, le droit international contribue, au contraire, à l'efficacité de la compliance et de l'action publique. En effet la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent réside plus dans la coopération inter-étatique que dans des actions isolées au niveau interne. À ce titre, l'action de plusieurs organisations régionales ou mondiales permet de coordonner l'action des Etats et d'établir des règles communes. C'est le cas de l'OCDE et de sa convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale signée en 1988 et amendée en 2010. Plus largement beaucoup d'espoir naît des discussions en cours sur la création d'un instrument juridiquement contraignant en matière de compliance par l'ONU. Le droit supra étatique a aussi un intérêt pour la régulation. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, créé en 1974, est un comité qui réunit les superviseurs nationaux. Il remplit des objectifs de compliance en participant à la sécurisation des transactions ou au contrôle des clients par la publication de lignes directrices³⁶³. Ces politiques sont relayées par les autorités régionales telles que l'ABE, qui approfondit les règles et les exigences. Le droit supra-étatique apparaît ainsi épars, en raison de la pluralité d'acteurs aux compétences concurrentes. Pour autant il en ressort une certaine continuité de l'action de ses différentes branches.

Enfin un dernier type de droit doit être abordé. Il s'agit du droit infra-étatique qui est le plus proche de l'Etat. Il désigne les autorités publiques dont l'Etat autorise à édicter des règles. Dans le cadre de la compliance, il s'agit donc des autorités indépendantes de régulation. Leur rôle a déjà été explicité dans ce mémoire. Il convient donc de se limiter à quelques observations en lien avec le sujet du présent développement. L'autorité indépendante de régulation reste assez

³⁶¹ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5^{ème} Edition (2017), p.160

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ A titre d'exemple : Comité de Bâle, « *Compliance and the compliance function in banks* » (Conformité et fonction de conformité dans les banques), 29 Avril 2005

proche de l'Etat d'un point de vue des buts d'intérêt général qu'elle poursuit. La forme indépendante permet surtout de pacifier les relations avec les opérateurs privés très critique de l'unilatéralisme étatique. Son autre but très important dans le cadre de la compliance est de maîtriser le droit non étatique issu d'opérateurs privés afin qu'il reste en accord avec les objectifs assignés. L'autorité de régulation s'est saisie du droit non étatique afin de le contenir car le repli de l'Etat sur certaines compétences a été presque instantanément comblé par l'arrivée des règles privées. L'autorité utilise pour cela des moyens souples, elle laisse l'initiative aux personnes privées car elle sait qu'elles sont parfois les mieux placées pour apporter des réponses aux problématiques. Cependant elle fait figure de gardien des intérêts publics et n'hésite pas à intervenir pour le rappeler dès que l'initiative privée s'en écarte un peu trop.

La tâche la plus complexe est d'organiser ces phénomènes. En effet, on observe un large recoupement de ces trois branches de droit non étatiques et de nombreuses interactions entre les règles et les personnes qui les adoptent. Le droit extra-étatique se nourrit des exigences du droit supra-étatique, qui lui-même fixe des grands principes aux autorités de régulation. Naturellement ces droits provoquent un enchevêtrement des normes et des acteurs. La hiérarchie ne doit donc plus être vue comme une simple pyramide mais comme un ensemble de connexions multiples entre les éléments. Les acteurs se doivent donc de les mettre en cohérence.

Jacques Chevallier parle d'un « *pluralisme ordonné* »³⁶⁴. Par exemple, les exigences dans le domaine de la régulation économique sont « *emboîtées* »³⁶⁵ : les règles internationales sont précisées au niveau régional et déclinées au niveau national³⁶⁶. De plus, malgré cet éclatement normatif, « *l'Etat reste au centre des processus de régulation juridique* »³⁶⁷. Cela se voit par sa présence et son influence chez tous les acteurs, d'autant qu'ils tirent leur importance de la volonté de l'Etat qui peut créer les autorités indépendantes, et qui a accepté de se retirer de certains champs pour laisser plus de place à l'initiative privée.

Dès lors, le droit non étatique s'affirme non pas comme un droit autonome, puisqu'il est toujours plus ou moins fortement influencé par le droit étatique, mais comme un droit qui est en mesure d'émettre des propositions d'évolutions à travers l'édiction de ses propres règles. Une part d'expérimentation peut même être reconnue puisque l'autorité de régulation adapte son contrôle et peut laisser un certain temps d'application avant de choisir de consacrer ou non cette pratique.

³⁶⁴ Jacques Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003, 5ème Edition (2017), p.168

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 169

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ *Ibid.*

Il en résulte « *une intégration du droit transnational dans le droit interne* »³⁶⁸, ce qui est bénéfique pour la compliance qui recherche la coopération de l'Etat et des entreprises transnationales en produisant un droit adapté.

§2) Le renforcement du droit négocié garant de la qualité de la règle de compliance

Auparavant fruit du dialogue au sein des institutions habilitées ou pur acte de puissance unilatéral, la règle de droit tire désormais une large part de sa légitimité et de son efficacité d'un dialogue collectif mis en place par l'institution compétente pour édicter la règle. Ainsi la règle de droit tend à être le fruit d'un consensus plutôt que d'une contrainte. Le droit négocié regroupe l'ensemble des procédés permettant à une catégorie de personnes d'intervenir afin d'influer sur un processus normatif. Il a déjà été fait mention des divers procédés participatifs et consultatifs, mis en place par les personnes publiques, dont le Conseil d'Etat a tiré une étude annuelle³⁶⁹. La compliance est un terrain privilégié pour le droit négocié qui s'y intègre et se renforce aisément en raison de plusieurs facteurs.

Tout d'abord car il est au centre de l'action de la compliance, le droit négocié est systématiquement mobilisé par les autorités car c'est en dialoguant avec les entreprises qu'elles peuvent avoir connaissance des nécessités du secteur en terme de compliance. Puis car les entreprises n'hésitent plus à attirer l'attention des autorités de régulation en cours d'exécution afin d'adapter l'intensité de l'objectif à atteindre si de nouveaux éléments viennent perturber leur réalisation. Le contrôle du programme de compliance prendra alors ce contexte en compte.

Il n'est cependant pas question des procédures négociées de l'ADLC qui, bien qu'elles aillent dans le bon sens, ne peuvent être mises en œuvre qu'après communication des griefs, donc postérieurement à une infraction alléguée. Ces procédures « *ex-post* » présentent un lien trop distendu avec les avantages « *ex-ante* » que la négociation peut apporter à la compliance.

La négociation est bien plus complexe dès que le procédé s'étend à la société civile ou aux citoyens, comme le montre par exemple les enquêtes publiques précédant les déclarations d'utilité publique. Certaines s'apparentent bien plus à de simples obligations procédurales qu'à une réelle volonté de délibération collective. Cependant, qu'il s'agisse de l'entreprise et de l'autorité de régulation, ou d'une commune et de ses habitants, une critique semblable subsiste : le fait que l'autorité publique reste seule à prendre la décision finale et qu'elle est libre de suivre ou non les résultats du procédé participatif. Cette critique est largement nuancée dans le cas de la compliance par l'existence d'enjeux communs aux entreprises et aux autorités de régulation. L'autorité joue sa

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 170

³⁶⁹ Conseil d'Etat, Rapport annuel « Consulter autrement, participer effectivement », EDCE, 2011

crédibilité auprès du secteur tandis que la négociation prévoit toujours des bénéfices à l'entreprise si elle met en place une politique de compliance satisfaisante³⁷⁰. Plus largement cela contribue à la relation de confiance qui doit être à la base de la compliance. C'est peut-être cette confiance qui fait défaut dans le cas de l'administration et des citoyens où le procédé participatif est parfois vu comme le moyen de montrer sa défiance envers l'autorité publique ce qui empêche d'aboutir à un réel dialogue constructif.

La compliance permet donc au droit négocié de s'épanouir en lui fournissant un cadre plus propice. La négociation apparaît plus réelle puisque les autorités prendront en compte les remarques et les désirs des entreprises, tant que ces dernières ne sont pas contraires aux objectifs de compliance et de la régulation économique du secteur. Cette négociation ne se fait donc pas sur un pied d'égalité puisque l'autorité de régulation poursuit des intérêts supérieurs, mais les autorités ont appris à entendre les avis des entreprises.

Suite aux discussions, les deux entités prennent des engagements communs. L'autorité doit cependant s'afficher fermement contre toute violation directe : il est impensable que l'ACPR fasse des exceptions dans son action contre le blanchiment d'argent. Elle peut cependant faire des concessions quant au temps nécessaire à la mise en place d'un dispositif efficace. En cas de non-respect des engagements, l'autorité doit aussi faire preuve de fermeté en sanctionnant sur le modèle de l'ADLC³⁷¹ qui considère cela comme « *une pratique grave en elle-même* »³⁷², soutenu par le législateur qui prévoit une amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaire³⁷³.

Pour autant il serait regrettable de ne pas pousser cette logique en l'étendant aux citoyens. L'autorité de régulation peut sembler remplir son office puisqu'elle définit les objectifs du secteur. Elle ne prend cependant pas directement en compte l'avis du citoyen alors qu'il est, bien souvent, le consommateur en bout de chaîne, ou plus simplement la cible des entreprises régulées. Dès lors il peut exprimer des critiques ou des inquiétudes et ainsi contribuer à enrichir les objectifs de compliance du secteur au-delà de l'analyse technique réalisée par le régulateur. L'autorité pourrait donc prévoir des mesures « *ex-ante* » plutôt qu'attendre la survenance d'un problème et utiliser des moyens « *ex-post* » pour régler le problème, avant de prendre des mesures « *ex-ante* » empêchant à ce problème de se reproduire. Un tel dialogue avec le citoyen-consommateur existe déjà dans certaines autorités, via des mécanismes permettant à une personne de signaler le comportement

³⁷⁰ Voir page 71 du présent mémoire

³⁷¹ Stanislas Martin, « Négocier avec une AAI : l'exemple de l'ADLC », *Gazette du Palais*, n°322r9, p.16, 18 Mai 2018

³⁷² ADLC, Décision n°10-D21, 30 Juin 2010, Néopost

³⁷³ Article L.464-3 du Code de Commerce

potentiellement répréhensible d'une entreprise. C'est le cas du médiateur de l'AMF nommé par le Président de l'autorité³⁷⁴ et indépendant des autres services. Il est compétent pour tout litige entre consommateur et professionnel dans le champ des attributions de l'AMF³⁷⁵. Cependant aucun mécanisme ne sollicite formellement et dans une optique plus large l'avis des citoyens sur les grandes problématiques d'un secteur. Bien évidemment le dialogue avec l'entreprise reste le plus important à mener et la consultation citoyenne doit se mener à la marge.

Concrètement, le dialogue avec l'autorité de régulation peut se faire par le biais d'une personne désignée et dépendante de l'autorité. Par exemple l'AMF désigne des référents chargé du suivi des prestataires de service d'investissement (PSI). Ces référents établissent un dialogue avec les RCSI de chaque PSI. Dans un article au Bulletin Joly Bourse, Anne-Dominique Merville considère que cette mesure est « *une vraie amélioration dans le dialogue entre régulateur et entité régulée* »³⁷⁶, notamment en raison de la « *possibilité de prendre contact avec [le] référent dès qu'une nouvelle activité se crée [...] ou qu'une nouvelle réglementation est édictée* » afin de « *présenter le dispositif de conformité afférent et éventuellement d'échanger sur les sujets qui susciteraient des interrogations* ». Ce suivi se fait en dehors de tout soupçon de violation ou d'un contrôle de la part de l'autorité, et permet justement de prévenir efficacement toute violation.

Le droit négocié fait aussi ses preuves en cas de conflit. Face au développement de l'arbitrage international qui vise à éviter le juge, les juridictions nationales mais aussi les autorités de régulation tentent de rendre cette voie désuète en développant des formes publiques de résolution alternative des conflits. Or cette médiation produit aussi des effets « *ex-ante* ». Par exemple, les avis du médiateur de l'AMF, bien qu'étant non liant et rendu dans le cadre d'un litige précis, sont utilisés par les « *directeurs de compliance qui peuvent ainsi faire valoir la position du médiateur de l'AMF pour convaincre d'améliorer le fonctionnement de l'entreprise* »³⁷⁷. Plus largement, le dispositif justice administrative de demain dit « JADe »³⁷⁸ vient adapter l'ordre administratif aux modes alternatifs et combler son retard par rapport à l'ordre judiciaire. Cependant dans le cadre des relations entre l'autorité et les entreprises, cette voie semble peu nécessaire puisque cette option

³⁷⁴ Article L.621-19 alinéa 1^{er} du Code Monétaire et Financier

³⁷⁵ *Ibid.* alinéa 2

³⁷⁶ Anne-Dominique Merville, « L'effectivité des droits de la défense dans les procédures disciplinaires : le point de vue du compliance officer », *Bulletin Joly Bourse*, n°111p3, p. 376, 1^{er} Juillet 2014

³⁷⁷ Olivia Dufour, « Le succès du médiateur de l'AMF ne se dément pas », Petites affiches, n°135s1, p. 4, 24 Avril 2018

³⁷⁸ Il se compose de la loi n°2016-1547 du 18 Novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle ainsi que plus spécifiquement pour l'ordre administratif du décret n°2016-1480 du 2 Novembre 2016 portant modification du code de justice administrative

n'est utile qu'en cas de rupture de dialogue. C'est exactement l'inverse que les deux entités s'évertuent à faire.

C'est donc à la faveur d'un plus grand mouvement qui tend à accorder plus de place à la négociation en droit public que la compliance priorise elle-aussi cette méthode car elle contribue à son efficacité.

Ces développements montrent que la compliance tend à démocratiser l'élaboration et l'application du droit.

Titre 2 : Les enjeux de la compliance en droit public

Il a été plusieurs fois rappelé dans ce mémoire les difficultés que rencontrent les personnes publiques pour maintenir leur position au sein de la société et de l'ordre juridique. La compliance, en plus d'être le moyen le plus approprié pour garantir la pertinence de la présence publique dans l'économie, peut aussi être un outil très intéressant à développer pour les personnes publiques elles-mêmes ainsi que pour les destinataires de leur action. C'est sur cette distinction que s'axe ce dernier titre.

D'un point de vue externe tout d'abord, la compliance trouve son utilité dans les relations interétatiques. A ce titre, l'action de l'UE est incontournable. Elle tente de construire une compliance purgée des faiblesses du modèle américain et adaptée à la coopération des Etats. Dans le même temps, elle veut conserver la compliance comme outil d'influence économique contribuant à l'importance et à la respectabilité du marché européen. La compliance présente également un intérêt à travers la haute juridiction administrative (et plus marginalement les juridictions administratives ordinaires) qui est amenée à connaître de nombreux litiges entre opérateur et autorité de régulation. Ce dernier n'est qu'au commencement de sa réception de la notion de compliance. Cela entraîne des transformations tant dans l'office que dans les techniques de contrôle du juge. Il peut cependant s'appuyer sur les évolutions antérieures issues de l'arrivée de la régulation économique dans le prétoire. (**Chapitre 1**)

D'un point de vue interne aux personnes publiques, la compliance ouvre un champ considérable d'évolutions pour la gestion du secteur public en général. Ce dernier chapitre dressera tout d'abord un état des lieux de l'influence de la compliance sur certains domaines du secteur public. Il sera ensuite question des perspectives d'amélioration. La compliance peut permettre plus d'efficacité et de transparence à l'égard des agents publics mais aussi des citoyens, ce qui peut restaurer la confiance envers les personnes publiques. Pour Bernard Stirn « *Le concept*

[de compliance] *paraît [...] porteur d'avenir pour l'action administrative et pour le droit public* »³⁷⁹. Une telle assertion ne pourra se vérifier que si un certain nombre de mesures sont prises. Le but de ces développements sera de les expliciter, bien qu'il ne s'agisse que d'hypothèses. Ces mesures restent cependant réfléchies à l'aune du contexte juridique français et selon les possibilités de notre droit.

(Chapitre 2)

Chapitre 1 : Les enjeux exogènes de la compliance en droit public

La compliance s'épanouit dans le cadre de la coopération européenne car elle peut y mettre en œuvre la conciliation entre intérêt économique et protection des droits qui sous-tend toute son action. La compliance permet à la fois d'entrevoir une harmonisation des règles menant à un standard d'exigence élevé pour tout pays européen et surtout pour les entreprises souhaitant accéder au marché intérieur. Dans le même temps elle peut être un levier de renforcement de l'économie européenne car elle contribue à renvoyer une image positive à l'international et n'est pas contradictoire avec le profit visé par l'entreprise. (*Section 1*)

La question du rôle de juge administratif demeure elle aussi très importante. La compliance touche irrémédiablement à son office, notamment lorsqu'il est amené à juger les actes de droit souple des autorités de régulation. Car, comme le déclarait Bernard Stirn, « *le mot compliance demeure inconnu de la jurisprudence administrative* »³⁸⁰ mais, citant Jean-Marc Sauvé il nuance : « *La compliance existe. C'est sinon une valeur, du moins une procédure ou une méthode de respect des règles qui monte en puissance* »³⁸¹. Il conclut en déclarant que la compliance a « *une présence peut-être subliminale dans la jurisprudence administrative* ». Partant de ce constat, les observations formulées dans cette partie ne peuvent être que prédictives et porteront sur le rôle futur du juge administratif au sein d'un système de compliance. Les considérations se limiteront à la relation entre les opérateurs et les régulateurs. L'impact de la compliance sur les administrés sera abordé postérieurement.

(Section 2)

Section 1: L'objectif d'une régulation européenne globale

Comme le relève Marie-Anne Frison-Roche, l'UE a « *parfois [...] sombré dans trop de technicité oubliant la formulation des buts, parfois elle a énoncé des buts grandioses sans disposer des moyens* »³⁸². La

³⁷⁹ Bernard Stirn, « Le juge administratif et la compliance », Colloque La compliance la place du droit la place du juge, 6 Juillet 2017

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Jean-Marc Sauvé, « Conformité, droit public et juge administratif », Cycle de Conférences Régulation, supervision, compliance, 30 Novembre 2016

³⁸² Marie-Anne Frison-Roche, Introduction au cycle de conférences du 7 Juin 2018 « Pour une Europe de la compliance », Paris Panthéon-Assas

compliance dépasse les simples intérêts économiques communs qui ont présidés à la construction européenne. A ce titre, elle peut permettre de faire taire les critiques envers l'UE, parfois dépeinte par ses détracteurs comme faisant primer l'intérêt économique sur les grandes préoccupations sociales et environnementales. Il en résulterait une nouvelle modalité d'approfondissement de la construction européenne et une confiance renouvelée en ses institutions par les citoyens. (§1)

Plus encore cette prétendue inadéquation entre intérêt économique et « humain » doit être largement nuancée. Elle ne transparaît que dans des situations particulières, relativement isolées. A divers égards et bien plus souvent, la compliance peut aussi servir l'intérêt économique sans être incompatible avec le développement de l'entreprise. Cependant, seule une politique correctement menée peut aboutir à ce résultat positif. Cela n'efface pas pour autant les cas ponctuels où un choix au détriment de l'un doit être opéré. (§2)

§1) La compliance comme approfondissement de la construction européenne

L'Europe s'est bâtie originellement dans une optique purement économique. Cela peut s'expliquer par la frilosité des Etats-partis dans les traités constitutifs, méfiants à l'égard de la logique intégrative des communautés et peu enclins à transférer des compétences d'une telle importance. Le processus politique étant trop lent, c'est principalement par la jurisprudence communautaire qu'une protection des droits se dessine peu à peu. Elle permet à la construction européenne de s'autonomiser et de se légitimer car il aurait pu être considéré alors que l'action du Conseil de l'Europe en faveur de la protection des droits remplissait suffisamment l'office d'une protection supranationale des droits fondamentaux. La Cour de Justice des Communautés Européenne (CJCE) mobilise alors la technique des principes généraux du droit afin de combler le silence des traités, dès son fameux arrêt *Stauder* de 1969³⁸³ qui énonce que « *le respect des droits fondamentaux de la personne [est] compris dans les principes généraux du droit communautaire* ». Ces principes s'imposent au droit dérivé. Elle s'estime ensuite tenue de respecter les « *traditions constitutionnelles communes des Etats-membres* »³⁸⁴ mais s'inspire aussi des autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, plus particulièrement la CEDH³⁸⁵ puisque tous les Etats-membres y sont parties.

La jurisprudence a enfin été soutenue par les institutions lors du tournant de la création de l'UE avec le traité de Maastricht en 1992 qui permet d'inscrire les principes de la Cour dans le

³⁸³CJCE, 12 Novembre 1969, *Stauder*, Affaire n°29-69, §7

³⁸⁴CJCE, 14 Mai 1974, *Nold*, Affaire n°4-73, §13

³⁸⁵CJCE, 28 Octobre 1975, *Rutili*, Affaire n°36-75, §32

droit originaire³⁸⁶. Le droit communautaire est remplacé par le droit de l'UE et s'en distingue par ce nouvel objectif de protection des droits. Il s'agit là d'une conséquence inévitable due à l'importance de la construction européenne pour les citoyens mais aussi les Etats désormais suffisamment intégrés pour permettre à l'UE d'exercer pleinement ces nouvelles compétences. Cette prise en compte du respect des droits fondamentaux est même le principal ressort de la légitimité de l'UE pour approfondir l'intégration et mener les grands projets suivants tels que l'instauration d'une monnaie unique. Ainsi, tous les grands traités depuis Maastricht qui approfondissent la coopération économique, abordent également les droits fondamentaux. Le mouvement s'est donc confirmé.

À cette fin, l'Union a adopté la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE) en 2000³⁸⁷. Le traité de Lisbonne de 2007 révisant le TUE et le TFUE est venu renforcer cette volonté de protection des droits en créant un nouvel article 2 au TUE qui affirme que : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, d'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme* »³⁸⁸. Malgré cette bonne initiative, ces textes ont eu longtemps une valeur quasi-déclarative. Le traité de Nice signé en 2001, censé venir préciser l'application de la Charte a déçu en ne prévoyant qu'un système visant à constater et à réprimer un « *Etat au sein duquel il existe un risque de violation des DF* »³⁸⁹ avec des conditions de majorité prohibitive³⁹⁰. De même si l'article 6 du TUE³⁹¹ lui donna une valeur juridiquement contraignante, aucun dispositif clair ne permettait une application satisfaisante. C'est à nouveau l'action du juge européen qui est venu donner toute la force à cette Charte. La Cour apprécie par exemple largement son champ d'application. Après quelques atermoiements, la CJUE a décidé, par une ordonnance rendue en grande chambre en 2013³⁹² que la charte s'appliquait « *dans toutes les situations régies par le droit de l'Union* »³⁹³ et non plus seulement dans le cadre de la « *mise en œuvre du droit européen* » tel que l'énonce l'article 50 de la CDFUE. La charte s'applique dès qu'une « *règlementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union* »³⁹⁴.

³⁸⁶ Article F du Traité de Maastricht du 7 Février 1992

³⁸⁷ Proclamée le 7 Décembre 2000 par l'UE

³⁸⁸ Article 2 du TUE tel que révisé par le traité de Lisbonne du 13 Décembre 2007

³⁸⁹ Article premier du Traité de Nice du 26 Février 2001

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Article 6 du TUE tel que révisé par le Traité de Lisbonne

³⁹² CJUE, Grande chambre, 26 Février 2013, *Akerberg Fransson*, Affaire n°C-617/10

³⁹³ *Ibid.* : §19

³⁹⁴ *Ibid.* : §20

Cette protection par le juge dans de nombreuses hypothèses est d'autant plus importante que la charte présente une plus-value par rapport aux autres textes de références avec lesquels elle coexiste. Elle se modernise en reconnaissant des droits de 3^{ème} génération telle que la protection de l'environnement à l'article 37³⁹⁵ ainsi que de nombreux droits sociaux. L'UE prend donc pleinement en compte les préoccupations actuelles. Ainsi l'UE s'autonomise en tant que protecteur des droits fondamentaux et promeut la coexistence avec les autres instruments de droit interne ou international. C'est le cas dès le Traité de Lisbonne qui a entériné le principe d'une adhésion de l'UE à la CEDH³⁹⁶, et de l'article 53 de la CDFUE qui précise qu'aucune de ses dispositions ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme tels qu'entendus par les autres textes. Enfin, l'agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, créée par un règlement du 15 Janvier 2007, assure l'application de la Charte.

Ainsi, l'UE cumule désormais deux domaines d'actions phares : l'économie et la protection des droits fondamentaux. Or la compliance fait la synthèse de ces deux éléments. Ces derniers apparaissent parfois séparés, quitte à créer des contradictions dans l'action européenne. Face à des citoyens mieux informés, plus visibles par le développement du numérique qui permet une prise de parole, et une plus grande transparence des institutions, il est justement nécessaire de mettre réellement en relation l'économie et la protection des droits fondamentaux. Afin de créer cette compliance européenne, l'UE devra éviter certains écueils semblables à ceux qu'elle a rencontrés dans le développement de la protection des droits fondamentaux.

Elle doit d'abord, et comme le déclare Marie-Anne Frison-Roche, s'appuyer sur des textes à valeur obligatoire. En effet, « *L'entreprise doit être obligée par le jeu d'un texte en général et non pas par sa volonté propre* »³⁹⁷ et ne doit pas « *dépendre des situations ou des arrangements trouvés* »³⁹⁸. Cela implique que le droit originaire de l'UE impose l'obligation d'adopter des dispositifs de compliance. Le texte devra rester cependant assez large afin de respecter le dynamisme de la notion de compliance. Le texte devra être mis en œuvre par la Commission Européenne qui est déjà responsable de la régulation européenne³⁹⁹, et traite à cette occasion des questions de compliance. Elle doit pour cela communiquer par le biais de lignes directrices expliquant comment cette conciliation entre intérêt économique et droits fondamentaux s'organise afin d'être suffisamment

³⁹⁵ « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe de développement durable. »

³⁹⁶ La disposition est insérée à l'article 6§2 du TUE bien que pour l'heure, l'adhésion n'est pas effective.

³⁹⁷ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 29 Septembre 2016, n°32

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ C'est du moins la position qu'elle se donne, en rendant des avis sur les projets de règlement des autorités interne de régulation des communications électroniques telle que l'ARCEP

prévisible pour les entreprises et les consommateurs. Car l'UE est connue pour l'opacité de son processus décisionnel, ses nombreuses réglementations complexes et extrêmement précises, seulement accessibles à la compréhension des spécialistes. Une telle posture n'est pas acceptable dans le cadre de la compliance qui traite de sujets sensibles intéressant directement les citoyens.

Le système probatoire qui donne valeur obligatoire aux règles devra lui aussi évoluer dans le sens d'une plus grande prévisibilité et d'un systématisme tant pour les entreprises que les citoyens. Marie-Anne Frison-Roche résume cela en citant les éléments fondamentaux d'un système probatoire adapté : « *normes générales connues et préalablement établies, application on casuistique, technique préalablement établie de pré-constitution des preuves de diligence* »⁴⁰⁰. C'est à nouveau la Commission Européenne qui semble devoir jouer ce rôle car elle occupe la place la plus idoine.

Le juge peut quant à lui s'appuyer sur l'acception très large qui est donnée par la CDFUE à la protection des consommateurs⁴⁰¹ afin de combler l'absence d'intervention directe des citoyens dans la compliance qui reste encore largement une relation entre personnes publiques et opérateurs privés alors même que ses buts sont destinés aux citoyens.

Le droit européen de la compliance doit aussi s'intégrer dans le paysage international. Inspiré du droit américain, il sera, selon Marie-Anne Frison-Roche « *moins casuistique et plus sûr, à la portée tout aussi ample* »⁴⁰². Cela s'explique par le fait que le droit européen est principalement écrit à l'image du droit romain. A l'inverse le droit anglo-saxon est prétorien ce qui conduit à des approximations et des conflits entre juridictions. Cependant ce droit anglo-saxon est très présent en droit de l'Union, particulièrement en droit des affaires. L'Union Européenne peut cependant construire un droit de la compliance beaucoup plus sûr et moins aléatoire.

Le RGPD qui traite de la compliance dans le domaine des données personnelles est l'exemple d'un processus qui respecte toutes les caractéristiques évoquées dans ce paragraphe. Il s'agit d'un règlement qui, par nature, est directement applicable au niveau interne. Le texte a une visée large⁴⁰³ mais n'en est pas moins clair quant au champ d'application⁴⁰⁴ et aux règles applicables aux

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Article 38 de la CDFUE : « *Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans es politiques de l'Union* ».

⁴⁰² Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 29 Septembre 2016, n°32

⁴⁰³ Article 1^{er} du RGPD

⁴⁰⁴ Article 2 et 3 du RGPD

entreprises qui sont déclinées en « *principes* »⁴⁰⁵. Cela permet donc aux entreprises de prendre des mesures visant à les respecter.

Le règlement définit clairement la portée de chaque terme dans son article 4. De plus, il prévoit quasiment seul la manière dont il sera appliqué afin de garantir son efficacité. Les Etats-membres doivent recourir obligatoirement à des autorités indépendantes de contrôle⁴⁰⁶ qui doivent être dotées de pouvoirs suffisants⁴⁰⁷ pour exercer leurs missions⁴⁰⁸. Elles doivent notamment pouvoir connaître des recours et réclamations des personnes⁴⁰⁹.

Enfin, le règlement s'attache à promouvoir la « *cohérence* » et la « *coopération* » entre les autorités internes elles-mêmes⁴¹⁰, mais aussi à travers le comité européen de protection des données⁴¹¹, structure formelle qui rassemble toutes les autorités nationales de contrôle indépendante en la matière.

Les futurs dispositifs de compliance européens devront donc poursuivre les mêmes objectifs. Il en résultera une meilleure cohésion entraînant une meilleure confiance des citoyens dans les institutions européennes alors même que l'Union vit une réelle crise depuis le « *Brexit* » et l'accentuation des velléités de certains pays de l'Est tels que la Pologne ou la Hongrie. En suivant l'exemple très positif du RGPD, l'UE peut même s'imposer comme étant l'organisation incontournable de la réussite de la compliance. Elle pourrait ainsi asseoir encore plus sa légitimité sur tous les plans, internationaux et communautaires

§2) Une méthode centrale dans le rayonnement économique et international de l'Union

La compliance organise une conciliation entre l'humain et l'économie et non pas la primauté de l'un sur l'autre. Il est donc vain de décréter que l'un des éléments est favorisé. Cependant il est vrai que la compliance vient remettre les droits fondamentaux au centre des préoccupations économiques. Elle pousse ainsi à prendre des mesures qui semblent gêner ou contrevenir à l'objectif principal de l'entreprise dans un système capitaliste qui est la maximisation du profit. Or une telle assertion doit être largement nuancée en deux points, si bien

⁴⁰⁵ Chapitre II du RGPD

⁴⁰⁶ Article 51 et 52 du RGPD

⁴⁰⁷ Article 58 du RGPD

⁴⁰⁸ Article 57 du RGPD

⁴⁰⁹ Article 77 à 79 du RGPD

⁴¹⁰ Article 61 du RGPD

⁴¹¹ Article 68 et 70 du RGPD

qu'il est possible d'entrevoir les bénéfices économiques de la politique de compliance, notamment en Europe.

Tout d'abord car les entreprises tendent à perdre l'objectif unique du profit, pour s'enrichir de nouveaux buts. La RSE en est l'illustration puisqu'elle implique pour l'entreprise de penser et repenser son rapport et les effets de ses activités avec les objectifs de la société. Pour Blandine Laperche et Dimitri Uzunidis, la RSE devient même un « *objectif autonome* »⁴¹² des entreprises.

Enfin, car il faut replacer la compliance dans l'action globale de l'entreprise. Il est évident que, pris isolément, la mise en place d'un dispositif de compliance est coûteuse, nécessite de nouvelles embauches et une refonte du fonctionnement interne. Cependant, elle peut s'avérer bénéfique lorsqu'elle est prise plus largement dans l'intégralité des activités de l'entreprise. La tâche est d'autant plus difficile qu'elle se fait au niveau transnational et non pas seulement au sein d'un territoire, et peut parfois s'appliquer aux sous-traitants.

C'est le cas de la loi du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordres⁴¹³. Elle oblige certaines entreprises à prévoir un « *plan de vigilance* »⁴¹⁴ complet contrôlant les filiales et les sous-traitants de l'entreprise. Ce plan comprend une « *cartographie des risques [...] Des procédures d'évaluations régulières [...] des actions adaptées [...] Un mécanisme d'alerte* »⁴¹⁵, mesures qui seront formalisées sur un rapport public annuel. Saisi par les parlementaires, le Conseil Constitutionnel a validé ces dispositions mais a censuré l'article 3⁴¹⁶ de la loi qui prévoyait une amende de 10 millions d'euros en cas de manquement à ces obligations, jugeant que la « *généralité des termes* »⁴¹⁷ de la loi méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines protégées par l'article 8 de la Déclaration de 1789. Il cite expressément les mots « *droits humains* »⁴¹⁸ ou « *libertés fondamentales* »⁴¹⁹. Dès lors, le juge constitutionnel veille à ce que les sanctions pour défaut de dispositifs de compliance ne soient pas trop disproportionnées car il est conscient du coût initial qu'un tel dispositif suppose.

⁴¹²Blandine Laperche, Dimitri Uzunidis, « Responsabilité sociale et profit : Repenser les objectifs de l'entreprise », *La revue des sciences de gestion*, 2011/1 (n°247-248), Pages 111-120

⁴¹³Loi n°2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres

⁴¹⁴*Ibid.*

⁴¹⁵*Ibid.*

⁴¹⁶Conseil Constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 Mars 2017

⁴¹⁷*Ibid.* §13

⁴¹⁸*Ibid.*

⁴¹⁹*Ibid.*

Pourtant, la compliance n'est pas contradictoire avec le profit. Plusieurs études montrent que l'opposition entre compliance et profit est en partie illusoire, et ce, au sein même de l'UE. Il en est de même avec le développement de la RSE qui procure de nombreux avantages à l'entreprise. L'article de Blandine Laperche en énonce trois grands types qui sont pleinement transposables à la compliance par analogie :

Tout d'abord, « *La réduction des risques* »⁴²⁰ qui peut aussi déboucher sur une réduction des coûts. Il s'agit là d'un effet qui est voulu par les pouvoirs publics plus qu'un effet économique mécanique. En effet, en pénalisant les entreprises qui ne respectent pas leurs obligations en matière de compliance, l'Etat fait en sorte que le dispositif de compliance soit de toute manière moins coûteux que la sanction qui interviendrait en cas de violation des obligations. La compliance en sera donc la seule solution envisageable et les violations cesseraient. Cela est sans doute la philosophie du RGPD qui, dans son article 83, prévoit des sanctions prohibitives en cas de non-respect des obligations imposées par les autorités indépendantes : 10 millions d'euros ou 2% du chiffre d'affaire international s'il s'agit d'une entreprise⁴²¹, jusqu'à 20 millions d'euros et 4% du chiffre d'affaire international⁴²² selon la nature des manquements. En cela, la compliance, au même titre que la RSE peut devenir une « *règle du jeu économique* »⁴²³.

Ensuite, « *La construction d'un potentiel d'innovation en faisant de la RSE, le moyen de la construction d'une compétence porteuse d'un avantage compétitif* »⁴²⁴. En effet, la compliance permet aux entreprises de penser autrement leur activité, et de mener à des sources d'amélioration du service, des produits, et permet de nombreux bénéfices. C'est le cas de la promotion de l'agriculture biologique par le label européen qui permet de créer des produits qui seront vendus plus chers sans pour autant baisser drastiquement le volume de production. Il en résultera un meilleur profit. Dans le cas de la compliance numérique, la centralisation et la sécurisation des données a permis tout à la fois de se conformer aux normes de compliance et de prendre des avantages sur certains concurrents en analysant ces données. Cela peut par exemple permettre d'améliorer la rapidité du service client en détectant par avance les problématiques structurelles que ce soit dans le secteur bancaire ou informatique.

⁴²⁰ Blandine Laperche, Dimitre Uzunidis, « Responsabilité social et profit : Repenser les objectifs de l'entreprise », *La revue des sciences de gestion*, 2011/1 (n°247-248), Pages 111-120, §39

⁴²¹ Article 83.3 du RGPD

⁴²² Article 83.4 du RGPD

⁴²³ Blandine Laperche, Dimitre Uzunidis, « Responsabilité social et profit : Repenser les objectifs de l'entreprise », *La revue des sciences de gestion*, 2011/1 (n°247-248), Pages 111-120, Partie 2.2

⁴²⁴ *Ibid.*, §40

Enfin « *L'amélioration de sa crédibilité* »⁴²⁵. Ce dernier avantage potentiel est à la fois le plus visible, mais aussi celui sur lequel il convient d'être plus prudent. Il s'agit pour l'entreprise de baser sa « *stratégie de communication* »⁴²⁶ sur ses bonnes actions en matière environnementale et sociale. Elle connaît des limites du fait de l'abus de certaines entreprises qui fondent leur politique de communication sur leurs actions positives en faveur des droits, quitte à embellir la réalité. C'est le cas du « *green-washing* » (souvent traduit en « éco-blanchissement ») expression péjorative, qui désigne la stratégie marketing d'une grande multinationale consistant à se donner une image écologiquement responsable sans pour autant prendre toutes les mesures nécessaires. Quoi qu'il en soit, il s'agit aussi d'une manière d'augmenter les profits de l'entreprise qui reste conforme aux exigences de compliance tant que la politique de communication se base sur des faits réels.

Dès lors l'article conclut que la RSE peut être compatible avec le profit, mais qu'il convient d'une part, de ne pas laisser l'entreprise seule, et de faire appel à la « *régulation publique, nationale et internationale* »⁴²⁷ afin d'encadrer le rôle social de l'entreprise. D'autre part, l'entreprise ne doit pas penser à la « *réalisation à court terme du profit maximum* »⁴²⁸ qui pousse le plus souvent à prendre des mesures contraires aux intérêts défendus par la RSE, mais au contraire, s'attacher à penser au développement durable du profit grâce aux méthodes de la RSE. A nouveau, cette observation peut se transposer à la compliance.

La réussite du défi européen est cependant conditionnée par la création d'un droit prévisible pour les opérateurs. A l'inverse des saillies du DoJ et des régulateurs américains qui infligent des amendes spectaculaires sans aucune limite, il faut, en plus de la clarté, un système probatoire clair comme le souhaite Marie-Anne Frison-Roche⁴²⁹. Le cadre juridique français et européen y est favorable puisque la prévisibilité raisonnable de la règle est un principe applicable en matière de sanctions administratives⁴³⁰, en plus des autres garanties relatives au principe de légalité des délits et des peines. Le RGPD garantit, en plus des plafonds, que les sanctions sont « *effectives, proportionnées, dissuasives* »⁴³¹, tout comme le Conseil d'Etat qui a admis que la sanction

⁴²⁵ *Ibid.*, §41

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*, §56

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 29 Septembre 2016, n°32

⁴³⁰ Conseil d'Etat, 16 Décembre 2016, Groupement d'employeurs Plusagri, n°390234, Considérant 3 : « *Le principe de légalité des délits et des peines, qui s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, fait obstacle à ce que l'administration inflige une sanction si, à la date des faits litigieux, la règle en cause n'est pas suffisamment claire, de sorte qu'il n'apparaît pas de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés que le comportement litigieux est susceptible d'être sanctionné.* »

⁴³¹ Article 84.1 du RGPD

administrative pouvait avoir un caractère dissuasif dans son arrêt *Colruyt* de 2013⁴³². Enfin le RGPD prévoit que le pouvoir de sanction est « *soumis à des garanties procédurales appropriées conformément au droit de l'UE et au droit des Etats membres, y compris un droit au recours juridictionnel effectif et une procédure régulière* »⁴³³. Les textes sont donc clairs et vont dans le sens de la sécurité juridique des entreprises qui peuvent connaître par avance les sanctions encourues et sont à même de les contester. L'UE peut donc améliorer le système de compliance américain dont elle s'est inspirée tout en permettant aux entreprises de se développer sur le long terme et d'améliorer leur compétitivité et leurs profits. La compliance n'est donc pas incompatible avec la logique libérale, au contraire elle y a été adaptée pour y intégrer d'autres préoccupations que celles strictement économiques, sans pour autant marginaliser l'objectif du profit.

Un doute légitime subsiste cependant sur un point. Puisque la compliance concilie au cas par cas l'économie et l'humain et qu'elle ne dégage pas de primauté absolue de l'un sur l'autre, le choix à opérer est une décision hautement politique. Un certain nombre de critères entrent en compte et peuvent expliquer les apparentes décisions contradictoires des institutions. L'UE fait en réalité preuve d'un certain pragmatisme, l'existence de lobby peut aussi orienter les décisions. Ainsi, la compliance reste - dans une certaine mesure - à la merci du jeu politique. Elle en est cependant indissociable puisque seuls les décisionnaires publics peuvent impulser ce mouvement.

Section 2: Les interrogations soulevées par l'action du juge administratif

À titre liminaire il est utile de noter que, si les développements concernent le « juge administratif », il est le plus souvent question du Conseil d'Etat qui connaît de la plupart des recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation en premier et dernier ressort. Les juridictions inférieures sont par principe, exclues du contentieux des autorités de régulations⁴³⁴. Elles pourront cependant être amenées à connaître des actes de droit souple si le Conseil d'Etat élargit sa jurisprudence *Fairvesta* et *Numéricable* qui semble ne concerner que les actes de droit souple des autorités de régulation⁴³⁵. C'est donc par anticipation que cette section ne se limite pas uniquement aux juges du Palais Royal bien que certaines observations ne valent qu'à leur égard.

⁴³² Conseil d'Etat, 23 Juin 2013, Société Colruyt et Etablissements FR Colruyt, n°360949, Considérant 11

⁴³³ Article 83.8 du RGPD

⁴³⁴ Didier Giraud pointe cependant qu'une autorité hors de la liste énumérée par l'article L311-1 du Code de Justice Administrative relèverait du tribunal administratif territorialement compétent. Ce serait le cas de l'autorité de la concurrence de Nouvelle Calédonie. Didier Girard, « Le recours pour excès de pouvoir confronté au droit souple : il plie mais ne rompt pas ! », *Revue Générale du Droit*, 6 Juin 2016

⁴³⁵ Le titrage du recueil Lebon des décisions *Fairvesta* & *Numéricable* NC comporte la mention : « *autorité de régulation* ».

La compliance est un nouveau terrain potentiel du contentieux économique pour le juge administratif. Pour autant, il ne développe pas de nouveaux moyens propres. Au contraire, le juge préfère adapter les moyens préexistants à ce nouvel office. C'est le constat dressé par Marie De Coninck dans sa thèse⁴³⁶ qui se confirme en matière de compliance. En effet, le juge administratif utilise la voie du recours pour excès de pouvoir dès qu'il est question de la contestation des actes de droit souple. Les conséquences de ce choix seront explicitées au regard de l'adaptation de ce type de recours au nouveau défi que représente la compliance pour la juridiction administrative, mais surtout à l'égard de son efficacité pratique limitée pour les requérants. (§1)

Sur le plan économique, la régulation a poussé le juge administratif à sortir de son rôle de simple juge de l'action administrative, et étend désormais son contrôle aux opérateurs économiques privés. Cela s'explique par le fait que l'émergence des autorités de régulation a eu pour effet d'approfondir les interactions entre les secteurs puisque la personne publique est responsable de l'organisation du marché. Le juge administratif peut dès lors balancer entre deux modèles dont il a déjà été fait mention dans ce mémoire. Il s'agit de la régulation de premier ou de deuxième niveau⁴³⁷. Cette tension est au cœur de la réflexion qui doit être celle du juge administratif, à savoir, doit-il remplir la fonction de juge de la bonne réalisation des objectifs ? A l'inverse, doit-il tendre, de manière plus orthodoxe, à contrôler l'action du régulateur dans la bonne définition des objectifs au regard de ses normes de référence ? (§2)

§1) L'utilisation discutée de la voie du recours pour excès de pouvoir

Dans le cadre de la compliance, le juge administratif sera saisi par un opérateur lors d'un litige avec une autorité de régulation sur la bonne réalisation des objectifs visés ou sur la suffisance du dispositif de compliance. Il n'est pas obligatoire que l'autorité ait prononcée de sanction à l'encontre de l'entreprise pour cela, puisque le recours contre les actes de droit souple est désormais ouvert. Ainsi l'entreprise peut provoquer l'acte à l'occasion de son dialogue avec l'autorité en sollicitant un avis, bien que souvent l'autorité prendra elle-même l'acte de droit souple si elle n'est pas convaincue de l'efficacité du dispositif ou de la bonne réalisation des objectifs. Ces actes peuvent tout aussi bien être individuels, que destinés à l'ensemble des opérateurs. Ce sera le cas lorsque l'évolution du secteur appellera à de nouvelles mesures en matière de compliance. Au-delà de l'exigence d'intérêt à agir, qui ne nécessite aucune observation particulière,

⁴³⁶ Marie De Coninck, « Recherches sur les singularités du contentieux économique », Université de Montpellier, 2015. La question de l'adaptation du contrôle juridictionnel aux spécificités du contentieux économique est particulièrement abordée dans le titre II de la première partie, p. 221

⁴³⁷ Cf Partie 1 – Titre 2. La distinction est tirée de l'article : Frédérique Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites Affiches* n°17 p. 17, 23 Janvier 2003

nul doute que de tels actes peuvent aisément remplir les critères alternatifs de recevabilité du juge administratif développés dans l'arrêt Fairvesta précité : « *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* »⁴³⁸.

En effet, en matière de compliance les conséquences des actes sont plutôt économiques puisqu'ils peuvent augmenter les dépenses de l'opérateur. Cependant, il y a de grandes chances pour le juge soit plus accueillant sur le second critère de l'influence de l'acte sur le comportement car il est plus subjectif. En effet, le but principal de la compliance est d'orienter les opérateurs vers un comportement voulu. Ainsi l'acte qui traduit cette volonté a forcément pour effet d' « *influer sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »⁴³⁹. À l'inverse, le critère économique obligerait à un contrôle objectif et plus approfondi notamment à un chiffrage du potentiel effet économique de l'acte. Or dans le second critère, le juge administratif détient une appréciation plus libre mais aussi plus large en retenant le caractère « *significatif* »⁴⁴⁰ de l'influence.

La nature du recours joue aussi un rôle très important. Bien que le rapporteur public Vincent Daumas ait proposé la création d'un recours spécial pour les actes de droit souple dans ses conclusions sous l'arrêt Numéricable NC⁴⁴¹, le Conseil d'Etat a préféré conserver la voie du recours pour excès de pouvoir. Ce contentieux étant objectif, il permettra seulement à l'entreprise d'obtenir l'annulation de l'acte. Aucune réparation n'est envisagée par cette voie. Il s'agit du défaut principal du recours pour excès de pouvoir, car il est probable que l'acte puisse produire ses effets et engendrer un préjudice, d'autant plus que le Conseil d'Etat statue la plupart du temps en premier et dernier ressort sur les actes des autorités de régulation. Il n'est pas non plus certain que le requérant puisse solliciter un référé-suspension. Or, dans le cadre du contentieux économique, la réparation financière et la réactivité sont des enjeux clés pour les opérateurs. La réparation par le biais du recours de pleine juridiction est un acte fort, surtout dans le cadre du contentieux administratif très peu subjectif. Elle a sans doute été refusée car elle aurait pu être vue comme un désaveu de la part du juge par les autorités de régulation. Le Conseil d'Etat n'a donc pas eu la volonté de subjectiviser le recours contre les actes de droit souple et conserve la philosophie de

⁴³⁸ Conseil d'Etat, Assemblée, 21 Mars 2016 Société Fairvesta International GmbH, n°368082, Considérant 4

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Vincent Daumas, « Les prises de position », *RFDA* 2016.506

l'excès de pouvoir, le « *procès fait à un acte* »⁴⁴². Vincent Daumas considère que ce contentieux doit « *revêtir un caractère objectif* » bien qu'il soit « *fortement nimbé de subjectivisme, car derrière la légalité de l'acte attaqué, c'est [...] la question de savoir ce qu'un opérateur peut faire ou ne pas faire.* »⁴⁴³.

Cependant l'excès de pouvoir s'est récemment enrichi de possibilités qui mettent à mal la prévisibilité des décisions. Le juge administratif peut moduler les effets de l'annulation dans le temps en vertu de sa jurisprudence *Association AC !*⁴⁴⁴. De plus, le Conseil d'Etat est, depuis ces dernières années, très favorable à la sécurité juridique des actes des personnes publiques, au détriment du respect du principe de légalité. Bien que le recours pour excès de pouvoir permette, en principe, de ne pas exclure les moyens invocables, le juge administratif dispose d'autres outils qui permettent de limiter leur invocabilité comme l'a évoqué Vincent Daumas dans ses conclusions précitées et dont il appelle à faire usage. Le dernier exemple en date est la décision *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*⁴⁴⁵ qui vient limiter les moyens d'obtenir l'annulation d'un acte en interdisant d'invoquer les moyens de légalité externe dans le cadre d'une contestation par voie d'exception. Cet arrêt a provoqué de virulentes critiques de la part de certains membres de la doctrine⁴⁴⁶ et montre un mouvement de resserrement des conditions d'annulation des actes. Dès lors la question de l'efficacité de tels recours est remise en question, malgré le fait que Vincent Daumas souhaite qu'il serve « *essentiellement [à] satisfaire les intérêts du requérant* »⁴⁴⁷.

À cela vient s'ajouter la question de la nature du contrôle exercé par le juge administratif. La décision *Fairvesta* a retenu un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation, tandis que la décision *Numéricable NC* a préféré un contrôle normal. Le juge est donc libre de choisir l'un ou l'autre contrôle sans qu'aucun critère ne soit clairement énoncé. Le rapporteur public Vincent Daumas note cette divergence avec les conclusions de Suzanne Von Coester dans l'affaire *Fairvesta*, en précisant qu'« *il n'y a pas lieu, selon nous, d'adopter un degré de contrôle uniforme sur*

⁴⁴² E. Lafférière, « *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* », Berger-Levrault et Cie, 2^e éd., 1896, t. 2, p. 561

⁴⁴³ Vincent Daumas, « *Les prises de position* », *RFDA* 2016.506

⁴⁴⁴ Conseil d'Etat, Assemblée, 11 Mai 2004, *Association AC !* et autres, n°255886

⁴⁴⁵ Conseil d'Etat, 18 Mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n°414583

⁴⁴⁶ A titre d'exemple : Paul Cassia, « *Le Conseil d'Etat abîme les principes de légalité et de sécurité juridique* », *Médiapart*, 22 Mai 2018

⁴⁴⁷ Vincent Daumas, « *Les prises de position* », *RFDA* 2016.506

l'ensemble des actes »⁴⁴⁸. Il s'agit d'un nouveau facteur d'incertitude pour les entreprises qui menacent leur sécurité juridique mais aussi la prévisibilité de l'action du juge.

Louis de Fontenelle explique comment le juge a réussi à adapter le recours pour excès de pouvoir aux actes de droit souple. Il utilise la notion « *d'influence* »⁴⁴⁹ développée pour la recevabilité du recours dans Fairvesta et Numéricable, mais aussi dans l'appréciation de la validité de l'acte dans l'arrêt Danthony. Elle vient « *ajuster le contrôle de l'excès de pouvoir* »⁴⁵⁰ car le juge cherchera à « *déterminer l'incidence de l'acte de droit souple ou de l'irrégularité procédurale sur la situation des administrés* »⁴⁵¹. Pour cela, il centre son contrôle sur le « *grief* »⁴⁵² qui n'est plus seulement pris dans son acception abstraite, mais doit effectivement affecter le requérant. Il exerce alors un « *contrôle pragmatique* »⁴⁵³.

Il en résulte une situation de fait dans laquelle l'annulation d'un acte de droit souple est strictement limité. Ainsi, il n'est pas interdit de se demander si la voie du recours pour excès de pouvoir dans le cadre de la contestation des actes de droit souple ne dénote pas une impuissance du juge administratif. Dans un registre moins inquisiteur, cette position s'explique sans doute par la volonté du juge, de laisser avant tout libre cours à la négociation et au dialogue entre l'autorité de régulation et l'entreprise. Le juge peut donc se satisfaire de sa position car elle correspond à la philosophie de la compliance, tout en lui évitant d'intervenir dans des domaines aussi sensibles que celui des attributions des autorités de régulation. Il fait en réalité preuve de prudence et tient à ne pas empiéter trop fortement sur les compétences dévolues aux autorités.

Pour Fabrice Melleray, ces décisions « *confirment assurément, s'il en était besoin, la remarquable plasticité du recours pour excès de pouvoir* »⁴⁵⁴. Didier Girard, dans un article publié à la revue générale du droit indique quant à lui que, malgré les anticipations d'une mort du recours pour excès de pouvoir par nombre d'auteurs depuis la fin des années 1990, celui-ci : « *s'adapte en réalité de manière permanente aux évolutions de notre droit et de la société ce qui lui assure de fait, sa propre survie* »⁴⁵⁵. Si certes,

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ Louis De Fontenelle, « La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir », *RFD.A* 2018.312

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ Fabrice Melleray, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFD.A*, 2016.679

⁴⁵⁵ Didier Girard, « Le recours pour excès de pouvoir confronté au droit souple : il plie mais ne rompt pas ! », *Revue Générale du Droit*, 6 Juin 2016

la voie de l'excès de pouvoir en elle-même; se maintient, une large marge de manœuvre du juge conjugée au mouvement de sécurisation des actes administratifs font peser des doutes légitimes quant à l'efficacité pratique des recours contre les actes de droit souple.

D'une manière générale cette fermeture peut s'expliquer dans les conclusions de Vincent Daumas par son souhait que le recours ne soit ouvert « *que dans la stricte mesure nécessaire* »⁴⁵⁶ afin de résorber ce qu'il considère comme « *un angle mort du contrôle juridictionnel* »⁴⁵⁷. Il craint en effet que la plupart des recours : « *constitueront des tentatives d'instrumentalisation du juge, dont l'objet ne sera pas tant d'obtenir un contrôle juridictionnel que d'instiller une incertitude sur le bien-fondé de l'action de l'autorité de régulation, et de profiter des effets induits sur le comportement des opérateurs. L'existence même d'un recours peut en effet se traduire par une modification de ces comportements, par exemple en retardant une offensive commerciale ou un choix d'investissement, ou encore en interférant dans les conditions de négociation d'un contrat* . »⁴⁵⁸. Dès lors, la position fermée du Conseil d'Etat traduit une certaine prudence. Ce mouvement devra être confirmé ou infirmé par la jurisprudence postérieure, notamment au regard du nombre de recours qui pourrait, si le contentieux est trop volumineux, amener à une restriction de l'invocabilité des moyens, sur le modèle proposé par Vincent Daumas : « *Vous n'admettriez d'examiner que les vices dont il est démontré qu'ils sont de nature à influencer sur le sens de l'acte attaqué, en ce qu'il affecte l'intérêt dont le requérant se prévaut. Ce degré d'exigence serait extrêmement novateur par sa rigueur* »⁴⁵⁹.

À l'inverse, si cette position permet au juge de ne recevoir qu'un nombre limité de recours, le Conseil pourrait l'ouvrir contre tout acte de droit souple.

§2) Un juge de la bonne définition des objectifs ou de leur bonne réalisation ?

Le caractère indépendant des autorités de régulation n'empêche évidemment pas la présence d'un contrôle juridictionnel. Le juge peut tenir deux types de positions dans le cadre du contrôle juridictionnel des autorités de régulation. D'une part, le « juge-administrateur » qui peut s'apparenter à la fonction de régulation de premier niveau, dans laquelle le juge intervient au soutien de l'autorité sans la désavouer. En matière de compliance, cela implique de laisser une large liberté à l'autorité de régulation dans la définition des objectifs. D'autre part, le « juge-régulateur » qui peut s'apparenter à la fonction de régulation de deuxième niveau dans laquelle le juge est susceptible d'annuler les actes de droit souple qui imposent certaines finalités en termes de compliance, non pas au regard d'un contrôle de légalité objectif, mais en prenant la liberté

⁴⁵⁶ Vincent Daumas, « Les prises de position », *RFD* 2016.506

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

d'apprécier subjectivement l'action des autorités par un contrôle « *in concreto* » du contenu de l'acte. Il s'agit alors pour lui de s'autonomiser en prenant de la distance vis-à-vis de la politique du régulateur afin de juger selon ses propres références.

Dès lors, l'objectif de ces développements est de savoir quelle position le juge administratif tend à prioriser. A première vue, plusieurs indices indiquent une certaine propension naturelle à respecter le domaine d'action des autorités, en ne venant sanctionner que les actes grossièrement illégaux. Le juge s'autolimité en se bornant à contrôler la légalité des actes.

Dans le contentieux de la régulation et à fortiori dans le cadre de la compliance, le juge administratif doit composer avec l'opérateur requérant, mais aussi avec l'autorité qui a édicté l'acte contesté. Le juge administratif est en effet très favorable à l'intervention de l'autorité qui peut présenter des observations à l'audience⁴⁶⁰. Les autorités interviennent même lors de l'instruction, réactivant par exemple la pratique des « *enquêtes à la barre* »⁴⁶¹ par le juge administratif. Il s'agit de l'une des principales spécificités du contrôle juridictionnel des autorités de régulation développé par Marie De Coninck.

Le juge administratif, et plus particulièrement le Conseil d'Etat qui est souvent amené à juger l'action des autorités administratives, fait régulièrement l'objet de critiques quant à l'impartialité de ses décisions en la matière. Ces critiques sont compréhensibles dans la mesure où les membres de ces autorités sont très souvent eux-mêmes d'anciens juges ou hauts-fonctionnaires comme l'a pointé le rapport Mézard précité qui parle de « *l'influence qu'ont acquises les hautes juridictions* »⁴⁶² au sein des collèges d'autorités⁴⁶³ dont le Conseil d'Etat qui peut parfois lui-même, par la voie de son assemblée générale, nommer l'un de ses membres au sein d'une autorité⁴⁶⁴. Bien que l'objet de ce mémoire ne soit pas de trancher ce débat, il reste utile d'évoquer son existence pour aborder la délicate position du juge dans le cadre de la régulation et de la compliance.

Le paragraphe précédent a permis de voir une certaine fermeture du Conseil d'Etat à l'égard du recours contre les actes de droit souple. Dans ses conclusions, Vincent Daumas précise sa vision du rôle du juge face aux autorités de régulation : « *Vous devez veiller à maintenir une distance*

⁴⁶⁰ Marie De Coninck, « Recherches sur les singularités du contentieux économiques », Thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 506

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 512, §706 à 707

⁴⁶² Assemblée Nationale, Jacques Mézard (Rapp.), « Un Etat dans l'Etat : Canaliser les AAI pour mieux les contrôler », 28 Octobre 2015, p. 35

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ A titre d'exemple pour la CNIL : Article 13 I-3° de la loi n°78-17 Informatique et libertés du 6 Janvier 1978

entre votre mission juridictionnelle et celles imparties aux autorités de régulation contrôlées. Plus que dans toute autre matière, il faut se garder de la tentation d'être un juge-administrateur - en l'occurrence un juge-régulateur. Vous n'êtes pas dotés des mêmes outils que ceux dont disposent ces autorités. Vous ne possédez pas les mêmes compétences que celles de leurs services. Votre mission est, éclairée par le débat contradictoire, de vérifier que la légalité a été respectée. Cela peut vous conduire, certes, à un contrôle, et même à un entier contrôle, des appréciations portées par ces autorités. Mais cette mission ne doit pas aller jusqu'à une substitution du juge aux autorités qu'il contrôle. ». Cela rejoint la position de Renaud Denoix de Saint-Marc pour qui : « *Il est tout à fait légitime de distinguer le juge du régulateur* »⁴⁶⁵ notamment car « *il ne peut statuer que sur la question dont il est saisi par voie contentieuse [...] et ne peut le faire qu'en droit et pas en opportunité* »⁴⁶⁶.

Pourtant cette marginalisation du juge, cantonné à son simple rôle de garant du principe de légalité n'est pas forcément souhaitable. Pour Marie De Coninck, l'instance se trouve dans la continuité des processus de régulation économique⁴⁶⁷ en ce qu'il permet de continuer « *le débat engagé devant l'autorité de régulation* »⁴⁶⁸. Ce constat vaut aussi pour la compliance dans le cadre des autorités de régulation. Pour Marie-Anne Frison-Roche il doit exister un « *continuum* » entre les interventions « *ex-ante* » du régulateur et « *ex-post* » des tribunaux ⁴⁶⁹. Cela signifie que l'intervention du juge revêt une importance qui ne se limite pas à la légalité formelle de l'acte. Tout en dénonçant une certaine reproduction institutionnelle, le rapport Mézard critiquait aussi le risque « *d'éviction du juge* »⁴⁷⁰. Or la position actuelle du juge dans le cas du contrôle des actes de droit souple peut attester cela, bien que son contrôle approfondi des sanctions vienne contre balancer cette observation.

De plus, le juge n'est pas démuné de normes de référence pour contrôler les autorités de régulation de façon plus subjective. Il peut se servir de la notion d'ordre public économique. Le respect de l'ordre public économique pèse sur les autorités de régulation mais est contrôlé par le juge administratif qui influe sur son contenu. Thomas Pez⁴⁷¹ note que l'ordre public économique recouvre des missions plurielles pour les autorités notamment « *la protection de l'environnement ou le*

⁴⁶⁵ Renaud Denoix de Saint-Marc, « Régulateurs et Juges », *Petites Affiches*, 23 Janvier 2003, n°17, p. 6

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Marie De Coninck, « Recherches sur les singularités du contentieux économique », Thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 504, §691

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, n°32

⁴⁷⁰ Assemblée Nationale, Jacques Mézard (Rapp.), « Un Etat dans l'Etat : Canaliser les AAI pour mieux les contrôler », 28 Octobre 2015, p. 29

⁴⁷¹ Thomas Pez, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°49, Octobre 2015, p. 44 à 47

*développement durable, la protection des usagers ou des consommateurs, la santé, la sécurité et la défense. On ajoutera aussi le pluralisme des courants d'expression. Les régulateurs doivent veiller au respect de ces « impératifs » comme les appellent parfois les textes. Peut-être peuvent-ils être réunis sous la bannière du « bon fonctionnement du marché »*⁴⁷². Ces impératifs s'apparentent à des objectifs de la compliance, ce qui démontre que la notion d'ordre public économique peut être utilisée par le juge administratif dans le cadre de la compliance. Marie-Anne Frison-Roche confirme cette vision puisque selon elle, l'ordre public économique tire sa « *plus grande puissance dans sa version négative* »⁴⁷³. Si la notion est surtout utilisée pour limiter l'accès au marché aux opérateurs, elle peut aussi très bien être utilisée par le juge pour orienter l'autorité de régulation vers des décisions qui respectent le plus les objectifs qu'elle défend.

La position actuelle du Conseil d'Etat écarte le potentiel créateur du juge administratif alors même qu'elle est sa marque et sa force depuis son avènement. Pour autant plusieurs explications viennent nuancer le propos. Tout d'abord car l'autorité de régulation présente un degré d'expertise qui garantit sa fiabilité, il est donc logique que le juge ne puisse pas s'y substituer. Enfin cette position peut s'expliquer par un excès de prudence. Le contentieux des actes de droit souple et de la compliance est jeune. Sans doute y a-t-il la volonté de créer un système clair dans lequel l'autorité ne peut pas être trop contredite afin de garantir sa légitimité à l'égard des opérateurs. Pour autant, le juge doit avoir un moyen d'exprimer son opinion et un juste milieu peut être trouvé dans lequel le juge a un rôle plus approfondi que celui de garant de la légalité objective. A cet égard, la notion d'ordre public économique semble adaptée puisque le juge ne peut trop l'étendre pour s'immiscer dans ce qui relève de l'autorité de régulation. Le Conseil d'Etat peut justement forcer ces évolutions en utilisant son pouvoir de création dans ses décisions.

Chapitre 2 : Les enjeux endogènes de la compliance en droit public

La compliance n'est bien sûr pas dépourvue d'intérêt pour le secteur public. Tout d'abord dans un aspect purement politique, il est un moyen pour les représentants élus d'afficher une certaine bonne volonté en imposant les objectifs de la compliance, non pas qu'aux entreprises privées, mais aussi aux personnes publiques. Au-delà de cet apport opportuniste, il ne fait pas de doutes que la compliance permet d'améliorer la gestion publique économique. La compliance est adaptée au dogme de la performance et du profit qui est apparu dans le secteur public depuis la fin des années 1990, sous l'influence de l'UE. (*Section 1*)

⁴⁷² *Ibid.*, §22

⁴⁷³ Marie-Anne Frison Roche, « Les différentes natures de l'ordre public économique », Working Paper issu du [site de l'auteur : http://mafr.fr/fr/article/les-differentes-natures-de-lordre-public-economique/](http://mafr.fr/fr/article/les-differentes-natures-de-lordre-public-economique/)

Enfin, la dernière section sera consacrée aux évolutions qui semblent souhaitables pour approfondir la compliance et ses bienfaits. Il s'agit de propositions qui sont apparues tout au long de ce travail de recherche. Le choix de ces propositions a été fait conformément aux objectifs poursuivis par la compliance, mais aussi au regard des moyens qu'elle déploie, afin de constituer une piste de réflexion plausible. Pour autant, ces propositions s'émancipent parfois du cadre juridique français qui n'est pas toujours favorable mais, peut le devenir à mesure que la compliance s'intègre comme un instrument important. (*Section 2*)

Section 1: Les bénéfices de la compliance au sein du secteur public

La conciliation de l'impératif de protection des droits avec le développement économique est susceptible d'affecter le secteur public à deux égards. Plus précisément, cette conciliation était déjà partiellement à l'œuvre alors même que la compliance était encore un mot peu usuel en France.

Tout d'abord en matière de finances publiques et depuis la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) qui a solennellement affirmé le principe de la bonne gestion et de la performance publique qui irrigue chaque année le projet de loi de finances et les débats parlementaires. Ces objectifs créent une responsabilité à la charge des gestionnaires publics en ce que « *La Société a le droit de demander compte à tout agent public de l'administration* »⁴⁷⁴. Or le développement de la compliance peut permettre d'enrichir ces « demandes ». Dès lors l'objectif de performance peut s'accommoder de ceux qui composent la compliance (§1)

Enfin, la compliance peut s'appliquer aux entreprises publiques. Auparavant instrument principal de l'interventionnisme économique public, les entreprises publiques ne sont plus si nombreuses et puissantes depuis l'ouverture à la concurrence. De même l'ouverture aux capitaux privés, étrangers et la politique actuelle visant à réduire les participations de l'Etat dans ses entreprises historiques en a réduit considérablement l'importance. Pourtant certaines d'entre elles subsistent et sont susceptibles d'être concernées par la compliance. Si l'Etat est souvent considéré comme un piètre gestionnaire, il peut cependant faire preuve d'une grande sensibilité aux enjeux de la compliance afin de maintenir la pertinence de ces entreprises. (§2)

§1) Une performance publique enrichie d'objectifs de compliance

Les contours des finances publiques ont été entièrement retracés suite à l'adoption de la LOLF, le 1^{er} Août 2001⁴⁷⁵ venue remplacer la vieille ordonnance n°59-2 du 2 Janvier

⁴⁷⁴ Article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme

⁴⁷⁵ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} Août 2001

1959. Cette loi a fait entrer les finances de l'Etat dans une nouvelle ère, celle de la performance publique, et jouit d'une excellente réputation tant elle a permis aux pouvoirs publics de se moderniser tout en rationalisant leurs dépenses.

Pour la compliance, l'aspect le plus intéressant de la logique de performance publique qu'insuffle la LOLF est le fait que chaque dépense se voit assigner des objectifs annuels par le biais des programmes annuels de performance (PAP). Ces PAP définissent leurs propres critères d'évaluations par le biais des indicateurs qui seront ensuite utilisés pour mesurer le degré de réalisation de l'objectif lors des rapports annuels de performance (RAP). L'analogie avec la compliance qui détermine des objectifs au regard du contexte est inévitable et rend le domaine des finances publiques très sensible à l'apparition de la notion.

Cette bonne utilisation des deniers publics conformément aux objectifs, est une authentique « *accountability* » au sens où elle a été définie dans ce mémoire, en d'autres termes une responsabilité qui pèse solidairement sur tous les gestionnaires, celle de devoir « rendre des comptes » aux juridictions financières. La première de celle-ci étant la Cour des Comptes, chargée par la LOLF⁴⁷⁶ d'évaluer les politiques publiques, de certifier les comptes de l'Etat et dont les rapports annuels permettent de dresser un état des lieux de l'état de la performance publique⁴⁷⁷. Cette performance se décline en trois objectifs : socio-économiques, qualité du service rendu à l'utilisateur et efficience économique. Pour Didier Migaud, actuel président de la Cour des Comptes, le : « *principe de la responsabilité des gestionnaires publics* »⁴⁷⁸ tiré de l'article 15 de la DDHC « *et son incontournable corollaire, la transparence, forment ensemble le ciment de notre démocratie* »⁴⁷⁹.

Cependant la performance n'est pas uniforme, et certains critiquent la rigidité de cette véritable « Constitution financière de l'Etat ». En première ligne, Philippe Seguin, ancien premier président de la Cour des Comptes qui, lors de l'allocution de rentrée le 27 Janvier 2009 a déclaré que la LOLF ne devait pas être considérée comme « *intangible* »⁴⁸⁰, car « *Une première erreur a ainsi été de procéder à une déclinaison trop systématique des obligations liée au principe de performance* »⁴⁸¹ si bien qu'« *aucune mission, aucun programme n'échappe à l'obligation de traduire les objectifs que l'on fixe aux dépenses en indicateurs et en cibles. Ce choix manque totalement de réalisme car certains programmes ne se prêtent*

⁴⁷⁶ Article 58 de la LOLF

⁴⁷⁷ Il s'agit des « Rapport sur les résultats et la gestion budgétaire de l'Etat »

⁴⁷⁸ Didier Migaud, « Le nouveau rapport entre l'Etat et les normes impliquées dans la compliance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p. 75

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Philippe Séguin, Allocution lors de la séance de rentrée solennelle de la Cour des Comptes, 27 Janvier 2009, p. 5

⁴⁸¹ *Ibid.*, p.3

pas le moins du monde à l'exercice. Et il faut bien reconnaître que certains rapports annuels de performance sont illisibles quand ils ne sont pas franchement risibles ! »⁴⁸². Il conclut sur son désir de réviser la LOLF « *pour qu'elle atteigne effectivement et pleinement ses objectifs* »⁴⁸³.

Dans un registre plus nuancé, une analogie de ce constat peut être devinée dans l'article de Didier Migaud qui observe des « *liens étroits tissés entre les normes publiques et les règles d'origine privée* »⁴⁸⁴. Les règles privées possédant « *les caractéristiques du droit souple* »⁴⁸⁵, elles permettent justement plus d'adaptabilité. C'est sur cette base que Didier Migaud souhaite que les finances publiques s'appuient pour une meilleure gestion publique. Pour cela il préconise une « *concertation préalable à l'édiction des normes* »⁴⁸⁶ et une intervention des personnes privées intéressées. Ce propos est révélateur d'un inconfort vis-à-vis de la LOLF qui applique un réel dogme de la performance ou plutôt de l'efficacité économique, à tous les secteurs des finances publiques. Son origine est surtout due à la lutte européenne contre le déficit public et la recherche d'équilibre budgétaire. L'exemple le plus couramment cité est la « *règle des 3%* »⁴⁸⁷ selon laquelle un Etat membre ou candidat à l'Union ne doit pas voir son déficit public excéder 3% de son produit intérieur brut. Cela peut en effet favoriser l'efficacité économique au détriment des dépenses en faveur des objectifs de qualité du service à l'utilisateur.

Or, pour Gil Desmoulin « *Il semble nécessaire de passer du dogme au pragmatisme* »⁴⁸⁸. En effet, une approche pragmatique permet d'équilibrer les exigences de performance selon le secteur visé. Dès lors il est possible de flexibiliser cette politique de performance et d'assigner de plus grands objectifs à des secteurs plus adaptés, afin de compenser des secteurs notoirement déficitaires. Or, le pragmatisme, la réactivité et l'adaptabilité sont des caractéristiques fondamentales pour la compliance et le droit souple.

Ainsi, et sans perdre de vue la performance publique, la compliance peut permettre de faire évoluer la notion de performance, et de la confronter à certains impératifs publics qu'il convient de conserver conformément à sa vision. L'idée de la compliance est de ne pas

⁴⁸² *Ibid.*, p. 4

⁴⁸³ *Ibid.*, p.5

⁴⁸⁴ Didier Migaud, « Le nouveau rapport entre l'Etat et les normes impliquées dans la compliance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017, p. 77

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 76

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 79

⁴⁸⁷ Article 104C du Traité de Maastricht du 7 Avril 1992

⁴⁸⁸ Gil Desmoulin, « La recherche de performance des politiques publiques », *AJDA* 2013.894

promouvoir la performance à n'importe quel prix. Certains services publics ne peuvent, par exemple, pas être trop fortement atteints par les exigences d'efficacité économique quitte à en réduire la qualité à l'usager ou les objectifs socio-économiques. A cet égard, Thomas Pez assimile le fonctionnement du service public à une composante de l'ordre public économique⁴⁸⁹.

D'autre part, nombre d'auteurs ont pointés les faiblesses et les inadaptations du système de performance publique tel que le prévoit la LOLF. Dans son article, Suzanne Maury⁴⁹⁰ pointe par exemple que: « *Certains indicateurs mesurent des évolutions de fond, lentes à émerger et repérables seulement sur le moyen terme. Le caractère annuel de l'indicateur risque alors de fausser son interprétation.* »⁴⁹¹. D'autres indicateurs ne peuvent même pas être mesurés annuellement, faute de données récoltées. Dès lors l'auteur s'interroge sur la possibilité de « *ne mesurer que quelques grandes évolutions significatives, de manière pluriannuelle, sans multiplier le recueil de données plus ou moins adaptées pour remplir toutes les cases prévues.* »⁴⁹²

Elle aborde également les programmes problématiques. Elle note que le programme 140 « Enseignement scolaire public du premier degré » est un système « *à rendement décroissant : l'injection de moyens supplémentaires ne parvient pas à une amélioration proportionnelle* »⁴⁹³. Ce qui signifie que les moyens déployés ne sont pas garants de la qualité du service et que d'autres facteurs entrent en compte. Ainsi, l'efficacité économique pure semble parfois illusoire et les exemples en ce sens sont pléthores. Suzanne Maury conclut en constatant que « *L'administration française n'était pas prête en 2006, date de mise en œuvre de la LOLF elle ne l'est toujours pas aujourd'hui, elle n'a pas mené une réflexion suffisante sur les indicateurs à proposer ni sur le système d'information nécessaire. Surtout, l'application de la LOLF témoigne d'un « esprit de système » et d'une « méthode insuffisamment pragmatique* »⁴⁹⁴.

La compliance peut, à nouveau, s'imposer comme la dose de pragmatisme nécessaire au renouveau des finances publiques sans pour autant porter une atteinte irrémédiable à l'équilibre du budget. La conciliation est évidemment délicate puisque tout en ménageant les finances de l'Etat, la qualité et l'accessibilité de certains grands services publics, définis par la volonté du législateur, ne doivent pas être trop irrémédiablement atteints.

⁴⁸⁹ Thomas Pez, « L'ordre public économique », Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°49, Octobre 2015, p. 44 à 47, §22

⁴⁹⁰ Suzanne Maury, « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », *AJDA*, 2008.1366

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

§2) Un élément déterminant de la bonne gouvernance des entreprises publiques

L'interventionnisme économique public a longtemps été représenté dans sa forme la plus forte par les grandes structures industrielles et commerciales dans des secteurs monopolistiques de l'Etat, fermés à la concurrence des personnes privées tels que La Poste ou encore Electricité De France (EDF) dans le domaine de l'énergie. La politique active de libéralisation de ces secteurs par l'UE aura eu le bienfait d'impulser l'avènement de la régulation mais a entamé un démantèlement progressif des entreprises publiques soumises à l'obligation d'efficience économique. Cela a tout d'abord poussé l'Etat à entreprendre des sociétés afin de soustraire ces entreprises aux lourdeurs de la gestion publique. Ce fut le cas de France Télécom en 1996 mais aussi de la Poste en 2010. D'autre part, l'Etat a procédé à des ouvertures des capitaux publics à l'investissement privé, aboutissant parfois à des privatisations, tel fut le cas récemment de l'Aéroport de Toulouse après la vente des parts de l'Etat à un consortium chinois. L'Etat peut aussi faire le choix de garder une minorité de blocage. Malgré la baisse substantielle et constante des participations publiques, l'Etat détient toujours des entreprises publiques (dès que ses participations excèdent 50% du capital). Dès lors, la compliance doit pouvoir s'appliquer à celles-ci au-delà des sociétés dans lesquelles l'Etat détient des participations minoritaires ce qui rend son influence moins déterminante puisque soumis à la volonté de personnes privées. A bien des égards, les entreprises publiques sont concernées par la compliance.

Certaines lois sont d'ores et déjà applicables aux sociétés dans lesquelles l'Etat détient des participations. C'est le cas de la loi du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordres⁴⁹⁵. Elle s'applique à toute entreprise soumise au Code du Commerce cumulant 5 000 salariés dans leurs « *filiales directes et indirectes* »⁴⁹⁶ ayant leur siège social en France, ou 10 000 salariés dès que leur siège social est hors de France⁴⁹⁷. Dès lors, une entreprise publique telle que le groupe La Poste qui est détenue à 100% par l'Etat et la Caisse des Dépôts et Consignations est assujettie cette loi puisqu'elle justifie de 253 000 collaborateurs selon les chiffres publiés dans son rapport aux investisseurs de 2017. De plus, l'entreprise détient de multiples filiales, à travers l'entité Geopost, qui assure un service mondial de livraison. Cette loi est donc pleinement applicable au groupe.

⁴⁹⁵ Loi n°2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres

⁴⁹⁶ Article 1^{er} de la loi du 27 Mars 2017

⁴⁹⁷ *Ibid.*

Elle oblige ces dernières à prévoir un « *plan de vigilance* »⁴⁹⁸ complet comprenant une « *cartographie des risques* [...] *Des procédures d'évaluations régulières* [...] *des actions adaptées* [...] *Un mécanisme d'alerte* »⁴⁹⁹, mesures qui seront formalisées sur un rapport public annuel. Toute entreprise manquant à ces obligations engage sa responsabilité civile au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil⁵⁰⁰. Cependant aucun rapport n'a été publié car l'obligation de l'adoption du plan de vigilance n'a débuté qu'au 1^{er} Janvier 2018.

De même certaines entreprises à capitaux publics sont soumises au régulateur sectoriel depuis l'ouverture à la concurrence et doivent respecter la politique de compliance mise en œuvre. C'est le cas de la branche bancaire et assurantielle de La Poste, La Banque Postale qui est contrôlée par l'ACPR⁵⁰¹ au titre de ses activités en tant qu'établissement de crédit, d'investissement et d'intermédiation d'assurance. A cet égard La Banque Postale est considérée comme toute autre entité privée. Par une décision du 18 Mai 2017, la commission de sanction de l'ACPR a par exemple condamné La Banque Postale à une amende de 5 millions d'euros pour défaut d'adoption d'un dispositif de compliance dans ses activités de crédit et d'assurance. La commission a relevé que la Banque Postale n'avait « *pas mis en place un dispositif adéquat de contrôle, permanent et périodique, du respect de la procédure Progressio* »⁵⁰².

Enfin l'Etat prend aussi l'initiative de se montrer exemplaire, sans qu'un texte ne vienne le contraindre. La démarche de responsabilité sociale et environnementale de La Poste consiste en la signature de chartes internationales ouvertes aux entreprises par lesquelles elle s'engage à œuvrer en faveur d'une cause définie. A ce jour, La Poste justifie de la signature de 9 chartes⁵⁰³ dont l'important « Pacte Mondial des Nations Unies »⁵⁰⁴ ou « Global Compact » qui détermine dix principes visant à intégrer les entreprises signataires dans les grands enjeux sociaux.

Cela montre que l'Etat est en réalité assujetti à des obligations de compliance en raison d'une convergence certaine du régime applicable aux personnes publiques et privées dans le cadre économique. Cependant, ces observations ne valent que pour les sociétés commerciales de l'Etat

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Article 2 de la loi du 27 Mars 2017

⁵⁰¹ L'établissement a été agréé par une décision du 2 Décembre 2005 du Comité des Etablissements de Crédit et des entreprises d'Investissement

⁵⁰² Décision n°2016-04 du 18 Mai 2017 de la Commission de sanction de l'ACPR, Considérant 14

⁵⁰³ Selon les informations trouvées sur le [site](https://legroupe.laposte.fr/profil/les-engagements-rse/la-politique-rse-du-groupe-la-poste) du Groupe La Poste : <https://legroupe.laposte.fr/profil/les-engagements-rse/la-politique-rse-du-groupe-la-poste>

⁵⁰⁴ Le pacte a été lancé en Juillet 2000 par l'ancien secrétaire général de l'ONU Kofi Annan

(bien que ce régime soit également susceptible d'être applicable aux sociétés d'économie mixte qui sont, elles-aussi, régies par le Code du Commerce). Or, un terrain reste encore largement inexploré en termes de compliance. L'Etablissement public industriel et commercial (EPIC) peut être considéré comme une forme primaire d'entreprise publique en tant qu'entité à fiscalité propre. Il tend à être abandonné en raison de ses lourdeurs de gestions, peu propice à la réalisation de profits dans un secteur concurrentiel. La CJUE a également validé le raisonnement de la Commission Européenne qui assimile l'EPIC à une aide d'Etat en raison d'une « *garantie implicite illimitée* » donnée aux créanciers par ce statut. La fin des monopoles de l'Etat en a donc réduit l'importance. De plus l'établissement ne peut accueillir de capitaux privés.

Cette forme juridique n'est pas concernée par les dispositifs législatifs évoqués, bien que cela n'empêche pas d'être soumis à un régulateur. C'est le cas de la SNCF, plus précisément de ses deux EPIC SNCF Réseau et SNCF Mobilités qui sont soumis à l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières (ARAFER). Pour autant aucun dispositif de compliance n'est exigé par l'autorité. Cela s'explique notamment par le fait que le secteur est en période d'ouverture à la concurrence particulièrement progressive. D'autre part, l'ouverture à la concurrence nécessitera sans doute, la sociétisation de la SNCF, dès lors les politiques de compliance, adaptées à la forme commerciale, pourront s'appliquer avec plus de facilités.

Dès lors, la SNCF se reporte sur son action en matière de RSE. Elle rend chaque année un rapport RSE tel que l'impose la directive européenne. Ce rapport n'est cependant pas exempt de références à la compliance. L'on voit une apparition progressive de la notion dans le rapport de 2015 qui mentionne seulement que les managers ont fait l'objet de formation en ligne sur les problématiques de « *compliance et d'éthique* »⁵⁰⁵. Cependant, dans le rapport d'engagement sociétal de 2017, une forte présence des enjeux de compliance apparaît. La SNCF s'est dotée d'une direction de l'éthique et de la déontologie qui a développée, dès 2015 le programme de prévention et de lutte contre la corruption prévu par la loi Sapin II qui lui est applicable. Cette même direction a mis en place un guide sur les conflits d'intérêts la même année. Enfin la SNCF a développé en 2016, un programme de conformité en matière de données numériques et personnelles, en prévision de l'entrée en vigueur du RGPD⁵⁰⁶.

Dès lors, la compliance est prise en compte par l'Etat, quel que soit la forme juridique de l'entreprise. Qu'il s'agisse d'obligations juridiques ou de volonté, il en ressort un résultat positif et exemplaire de l'Etat. Cela contribue plus largement au mouvement de convergence entre personnes publiques et privées, et confirme une certaine tendance à l'apparition d'un droit de l'activité économique à l'inverse d'une distinction stricte entre droit économique privé et public.

⁵⁰⁵ Groupe SNCF, Rapport RSE 2015, p. 71

⁵⁰⁶ CJUE, 3 Avril 2014, République française contre Commission, Affaire C-559/12P

⁵⁰⁷ Groupe SNCF, Rapport d'engagement sociétal 2017, p. 19

Section 2: Les perspectives d'amélioration de la compliance

Si les effets de la compliance dans le secteur public sont positifs, il n'en reste pas moins que la notion est récente et que les évolutions qu'elle provoque dans une multitude de domaines peuvent être accentuées. Si rien ne permet d'affirmer avec certitude que la compliance arrivera à s'imposer durablement dans le droit, son intégration rapide laisse présager des améliorations pour les relations entre le citoyen et les personnes publiques.

En premier lieu, il semble intéressant de réfléchir à l'invocabilité de la compliance par le requérant dans le procès administratif. Cette démarche peut paraître contraire au mouvement jurisprudentiel du Conseil d'Etat et au caractère principalement objectif du recours pour excès de pouvoir. Cependant elle permet en réalité de s'interroger sur la place et le rôle du juge administratif au sein de la compliance. (§1)

Enfin, il est utile d'aborder l'intérêt de la compliance pour la fonction publique. Il s'agit d'une possibilité qui n'est actuellement ni explorée ni appliquée. En effet une telle réflexion implique de s'écarter de la définition de la compliance retenue en introduction. Les propositions suivantes suivent la logique de la compliance, mais sortent du cadre de la recherche de l'efficacité économique, pour s'intéresser plutôt à l'amélioration de l'efficacité de l'administration.

À ce titre, la compliance peut se révéler utile à la défense des droits des salariés. Elle peut aussi permettre au chef de service de préciser les obligations statutaires et contribuer à un assouplissement du droit de la fonction publique tout en assurant une meilleure gestion des agents. (§2)

§1) L'ouverture de l'invocabilité du défaut de compliance

Il est possible d'améliorer la justiciabilité de la compliance en la rendant opposable aux entreprises par les citoyens à l'occasion d'un recours devant le juge administratif. Il serait par exemple envisageable de demander au juge administratif l'abrogation d'une décision d'agrément par une autorité de régulation envers un opérateur si celui-ci ne respecte pas ses obligations de compliance. De même, la contestation des actes de droit souple des autorités se positionnant sur des questions de compliance pourraient être ouverts aux tiers au secteur si ces derniers se trouvent lésés par une insuffisance. Le défaut ou l'insuffisance de compliance serait alors un moyen de légalité interne. Dans les deux cas le requérant non-opérateur devrait demander l'abrogation de l'agrément ou de l'acte de droit souple à l'autorité, puis exercer un recours pour excès de pouvoir sur la décision de refus.

L'intérêt majeur de cette hypothèse serait que le juge administratif ne soit plus seulement appelé par les opérateurs à annuler des actes qui seraient excessifs en terme de compliance, c'est-à-dire au-delà des objectifs de la loi et du règlement, mais aussi, par des requérants extérieurs lorsque les autorités s'abstiennent de prévoir un dispositif de contrôle ou des politiques de compliance nécessaires au regard des exigences législatives et réglementaires. Une telle possibilité reste illusoire car le contexte n'y est absolument pas favorable.

L'intérêt à agir, dans le cadre du contentieux administratif général suit un mouvement de resserrement des conditions. Si la décision Tarn-Et-Garonne rendue par le Conseil d'Etat en 2014 a été saluée car elle a ouvert aux tiers de la contestation de la décision d'attribution d'un contrat de la commande publique, il n'en reste pas moins que les conditions sont très restrictives puisqu'ils ne peuvent invoquer « *que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent, ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* »⁵⁰⁷. Le Conseil d'Etat n'a pas souhaité ouvrir le contentieux des actes de droit souple aux tiers au secteur. En effet dans une décision du 13 Juillet 2016, le Conseil d'Etat a jugé que : « *la mise en ligne d'un acte de la nature de celui que conteste la société GDF Suez sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité, fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation, le délai de recours prévu par ces dispositions.* ». L'analogie avec le domaine contractuel peut être faite puisque ces décisions sont motivées par un désir de conserver la sécurité juridique et surtout financière des entreprises. Les décisions d'attribution de contrat représentent parfois les seuls revenus pour certaines entreprises moyennes, de même les dispositifs de compliance prévus par les actes de droit souple des autorités prennent en compte les spécificités et la situation économique des opérateurs. Dès lors, l'ouverture d'un recours aux tiers pour une insuffisance de compliance représente un danger et une incertitude pour les opérateurs. Cela est d'autant plus compréhensible que la mise en place d'une politique de compliance est coûteuse. Pour autant une ouverture progressive à certains tiers pourrait être envisagée. Ce serait le cas, dans un premier temps, d'associations ou même d'ONG dont l'objet est assimilable à de la compliance ou à la lutte contre les infractions économiques. Enfin, si cette logique est poussée, le requérant lésé par le défaut de compliance pourrait agir. Cette situation se retrouve notamment dans le domaine bancaire et assurantiel. Dans ce cas cependant, l'absence de réparation du préjudice par le recours pour excès de pouvoir le rend peu intéressant pour le requérant.

Pour Frédéric Rolin, dans un article concernant les arrêts Fairvesta et Numéricable : « *ce mouvement de jurisprudence qui vise à renforcer la protection des intérêts économiques en leur réservant un*

⁵⁰⁷ Conseil d'Etat, Assemblée, 4 Avril 2014, Département Tarn-Et-Garonne, n°358994, Considérant 3

traitement juridique propre plus favorable constitue [...] une rupture du pacte républicain. »⁵⁰⁸. Il en résulterait une primauté de la liberté économique sur les autres en raison de la formule « *effets, notamment économiques* »⁵⁰⁹.

L'intérêt à agir n'est pas le seul obstacle à une démocratisation du moyen tiré du défaut ou de l'insuffisance de compliance. Son contrôle s'avérerait lui aussi difficile.

Le juge administratif serait confronté aux difficultés inhérentes à l'imprécision des normes. Le contrôle de légalité de l'acte de droit souple peut être difficile car les lois ont un objet très large. De plus, la position particulière de l'autorité de régulation en tant que spécialiste du secteur et interlocuteur privilégié des opérateurs justifie parfois des mesures qui peuvent sembler de trop faible importance par rapport aux objectifs et prescriptions législatives. Dès lors, il semble peu probable que le juge administratif se permette de substituer son appréciation à celle de l'autorité, d'autant que la situation du secteur est un argument très convaincant pour justifier des politiques de compliance progressives. De même le défaut ou l'insuffisance de compliance pourrait aussi s'invoquer au regard d'un droit ou d'une liberté protégée par la loi. A nouveau, cette hypothèse semble difficile à admettre tant le lien entre l'objectif poursuivi par le dispositif de compliance et les droits protégés est parfois distendu. La solution pour le juge administratif serait d'y appliquer son contrôle tiré de l'arrêt d'assemblée *Association pour la promotion de l'image*⁵¹⁰ dans lequel il vérifie successivement que la mesure est nécessaire, adaptée, proportionnée.

À nouveau c'est bien l'autorité de régulation qui joue ici le rôle central et qui concentre toute la confiance du juge administratif et du législateur. En effet, il est impossible de remettre en cause les décisions de l'autorité sur la base d'une insuffisance de compliance, elle décide quasiment seule des mesures qui lui semblent adéquates. Au vue des coûts de la politique de compliance, les opérateurs n'exerceront aucun recours en cas d'insuffisance. La solution serait de reconnaître au Conseil d'Etat, la possibilité de s'autosaisir sur les actes de droit souple des autorités de régulation. Cela permettrait au juge de maîtriser le contentieux potentiel au lieu de le laisser aux requérants. Cependant il est à ne pas douter que les critiques tendant à la reproduction institutionnelle entre le Conseil d'Etat et les autorités se feraient entendre, à raison.

Ce refus catégorique du juge administratif remet en cause sa position de juge des libertés aux côtés du juge judiciaire dont c'est le rôle traditionnel, en matière du moins de « *liberté*

⁵⁰⁸Frédéric Rolin, « Le droit administratif est-il au service du grand capital ? », *AJDA*, 2016.921

⁵⁰⁹Conseil d'Etat, 21 Mars 2016, Société Fairvesta International Gmbh, Considérant 4

⁵¹⁰Conseil d'Etat, Assemblée, 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image, n°317827

individuelle »⁵¹¹. Dans une allocution prononcée le 16 Juin 2016 à l'occasion du colloque célébrant les 10 ans de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif (AFDA), Jean-Marc Sauvé déclarait solennellement que la « *défense des libertés n'est l'apanage d'aucun juge [...] les juges, administratif et judiciaires [sont] tous deux gardiens des libertés* »⁵¹². Or, son premier argument tendant à démontrer que le juge administratif protège les libertés se base sur le fait qu'il exerce une « *véritable tutelle contentieuse sur les autorités administratives* »⁵¹³. Si cela est vrai pour les autorités administratives classiques, les autorités de régulation indépendantes ne sont pas encore suffisamment encadrées par le juge.

À l'inverse, le juge judiciaire semble lui, plus ouvert aux recours des tiers extérieurs, dans le cadre de la compliance. Au titre de la loi sur le devoir de vigilance des entreprises mères et des donneurs d'ordre, la responsabilité des entreprises peut être engagée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code Civil par « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin* »⁵¹⁴. Cela permettra au juge judiciaire de préciser les obligations qui découlent du devoir de vigilance, et surtout de rendre l'application de la loi prévisible pour les entreprises et les potentiels demandeurs.

Ainsi, ce n'est pas tant l'absence de recours à la disposition des requérants tiers au secteur qui est problématique, mais plutôt la quasi impunité de l'autorité si elle prévoit des politiques de compliance trop timorée. Cela risque de réduire l'efficacité de la compliance dans certains secteurs si l'autorité n'est pas assez active ou ambitieuse.

§2) L'application de la compliance à la fonction publique

Comme précisé auparavant, les arrêts Fairvesta Gmbh et Numéricable NC ne valent que pour les autorités de régulation. Pourtant le droit souple et la compliance sont porteurs de solutions et d'améliorations de la fonction publique dans l'optique des relations de travail et de l'efficacité des agents.

En premier lieu, il est utile de préciser que, longtemps, les actes de droit souple se sont vus appliquer la jurisprudence en matière de circulaires qui sont des actes administratifs internes au service, permettant de préciser l'application de dispositions législatives ou réglementaires. Ces

⁵¹¹ Article 66, alinéa 2 de la Constitution

⁵¹² Jean-Marc Sauvé, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Colloque des 10 ans de l'AFDA, Université d'Auvergne, 16 Juin 2016

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Article 2 de la loi n°2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres

dernières ne sont susceptibles de recours que si l'acte donne une interprétation « *impérative à caractère générale* »⁵¹⁵ de la règle. Ce constat avait déjà été dressé par Claire Legras dans ses conclusions sous l'arrêt *Casino Guichard Perrachon* de Conseil d'Etat. Cette jurisprudence s'applique d'ailleurs toujours aux actes de droit souple selon le considérant de principe des arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*⁵¹⁶.

Or le droit souple, support principal de la compliance par les autorités administratives est un outil utile aux autres autorités administratives. Ils sont semblables aux circulaires en ce qu'ils ne créent pas de droits et d'obligations, mais servent à préciser certaines règles. Le conseiller d'Etat Jacky Richard déclare en introduction de son article « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », que le droit souple peut permettre, en matière de fonction publique de : « complète[r] le droit dur pour favoriser le dialogue social, promouvoir le respect de normes déontologiques ou donner de nouveaux instruments dans la gestion des agents publics. »⁵¹⁷.

À première vue, selon Jack Richard, le droit souple serait contraire au droit de la fonction publique en raison de la situation statutaire, source de rigidité. Il objecte au contraire que le droit souple peut justement permettre à la fois de préciser le statut mais aussi de le rendre plus ample afin d'élargir ses possibilités dans divers domaines.

Le droit de la fonction publique a en réalité laissé entrer le droit souple bien avant ces débats contemporains. En effet les chefs de service ont pour usage d'édicter des lignes directrices ainsi que des circulaires à l'attention de leurs agents. Si le cadre des circulaires a été explicité, les lignes directrices, sont quant à elle des mesures prises par un chef de service pour suppléer le pouvoir réglementaire afin de préciser l'application d'une règle, bien que le titulaire du pouvoir réglementaire puisse ensuite contredire et changer les conditions d'applications. Ces actes sont susceptibles de recours depuis la décision *Crédit Foncier de France* rendue par le Conseil d'Etat en 1970⁵¹⁸. Qu'il s'agisse de circulaires ou de lignes directrices, leurs caractéristiques en font des actes de droit souple à part entière. Bien souvent, ils ne servent cependant qu'à soutenir le droit dur, en venant le préciser.

⁵¹⁵ Conseil d'Etat, Section, 18 Décembre 2002, *Dame Duvignères*, n°233618

⁵¹⁶ « Considérant que 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 »

⁵¹⁷ Jacky Richard, Laurent Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde », *Droit Social*, 2014.400

⁵¹⁸ Conseil d'Etat, Section, 11 Décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, n°78880

Or, Jacky Richard préconise que, dans le cadre de la fonction publique, le droit souple vienne désormais jouer en « *complémentarité* »⁵¹⁹ avec le droit dur et les statuts. Il propose plusieurs champs d'application dans lesquels le recours au droit souple semble efficace.

Tout d'abord les procédés souples ont permis l'émergence du dialogue social dans la fonction publique. Ce domaine n'est pas totalement étranger à la compliance puisque la protection des travailleurs en est une composante. Cependant il est vrai que les dispositifs de compliance viennent plutôt protéger les travailleurs issus de pays en développement et dont les conditions de travail sont dangereuses et précaires. En la matière, le droit français est passé d'un hermétisme à une grande ouverture à la négociation sociale. Originellement verrouillée par les statuts, la fonction publique s'est progressivement ouverte, avec la signature de conventions syndicales. Le statut résultant de la loi du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a reconnu les syndicats en son article 8 et leur a donné de larges compétences de négociation à son article 8 bis⁵²⁰. Ces conventions viennent donc assouplir le statut et permettent aux fonctionnaires de concilier conditions de travail et bon fonctionnement des administrations, ce qui, par analogie, est semblable à l'objectif de la compliance de conciliation entre droits des personnes et efficacité économique.

Plus proche encore des sujets traités par la compliance, le droit souple a une grande utilité dans la déontologie. En effet : « *La déontologie est l'un de ces domaines dans lesquels nombre d'administrations ont ressenti le besoin de compléter les dispositions légales par des instruments de droit souple.* »⁵²¹. Cependant, Jacky Richard observe que la législation a une dimension bien plus répressive que préventive. Il prend l'exemple des conflits d'intérêts dans lesquels l'accent devait être mis sur la prévention mais dont plusieurs rapports ont pointé que ce « dispositif est essentiellement répressif »⁵²². Cela ne suit pas la logique de compliance qui se base sur un continuum entre préventif et répressif. Or d'autre part, le recours aux circulaires et aux lignes directrices doit justement participer à la « *diffusion d'une réelle culture de la déontologie* »⁵²³.

⁵¹⁹ Jacky Richard, Laurent Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde », *Droit Social*, 2014.400

⁵²⁰ Article 8 et 8 bis de la loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

⁵²¹ Jacky Richard, Laurent Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde », *Droit Social*, 2014.400

⁵²² Ibid.

⁵²³ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Janvier 2011

Or cette culture ne semble pas se mettre en place par des dispositions législatives, malgré la volonté des gouvernements pour faire adopter des textes relatifs à la déontologie dans la fonction publique⁵²⁴. Bien qu'inscrites dans la loi, ces prescriptions apparaissent trop éloignées de l'agent. C'est pourquoi il est préférable de recourir au droit souple par le biais de chartes ou d'engagements publics pour responsabiliser la fonction publique. A ce jour, ces dispositifs sont plutôt réservés aux responsables élus, qu'il s'agisse de parlementaires ou de membres du gouvernement comme ceux prévus par la loi n°2013-907 du 11 Octobre 2013 relative à la transparence publique ou plus récemment, la loi n°2017-1339 du 15 Septembre 2017 de confiance dans la vie politique.

La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires prend le chemin de la prévention. Elle annonce solennellement en son article 1^{er} qu' « *Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service.* ». La loi laisse donc le champ libre au droit souple puisque le chef de service pourra édicter des circulaires, cela montre que le droit souple agit en complément du droit dur, avec son consentement. La loi institue également une commission de la déontologie en fonction publique chargée de rendre des avis et de formuler des recommandations⁵²⁵.

Dès lors, cette commission pourrait construire des dispositifs de compliance pour la fonction publique tout comme ses homologues créées pour les juridictions administratives, judiciaires et financières. En effet l'assise législative est suffisante pour mener une politique de compliance, et ce à tous les niveaux de la fonction publique. Il en résulterait alors une meilleure effectivité des textes législatifs.

⁵²⁴ Loi n°2016-483 du 20 Avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

⁵²⁵ Article 10 de la loi n°2016-483 du 20 Avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

Conclusion

1. La compliance est un instrument novateur et nécessaire à notre temps

Alors que la politique et l'économie mondiale peinent à trouver leur équilibre, et que les relations internationales sont marquées par une conflictualité croissante, la compliance retient une approche éminemment pragmatique et conciliatrice en recherchant un juste milieu entre des considérations que tout semble opposer.

Il est frappant de constater, au long de cette étude, la formation d'une réelle chaîne continue entre les normes et le rôle de chaque acteur. Ces acteurs, pluriels, de taille et de régimes juridiques différents s'allient au-delà de leurs différences pour œuvrer à des buts communs et supérieurs à chacun.

Cela implique des transformations juridiques profondes qui ne sont qu'engagées pour l'heure. Les caractéristiques de l'Etat et du droit en général sont remises en question par la notion et amènent à une réflexion constructive. Les possibilités ouvertes au droit public doivent être étudiées car elles révèlent des pistes d'évolution encore inexplorées.

Enfin, la compliance est surtout précieuse dans sa fonction pacificatrice des relations entre l'économie libérale et les droits fondamentaux. Cela revêt un intérêt primordial dans le contexte économique et social actuel.

2. La compliance doit se consolider sur deux points pour maintenir sa pertinence

Elle doit, en premier lieu, être pérennisée. Cela ne signifie pas qu'elle doit se maintenir coûte que coûte, mais que son système, ses apports, sa philosophie et ses objectifs soient toujours poursuivis par les acteurs et en première ligne, les personnes publiques dont le rôle capital à l'initiative des politiques de compliance a été maintes fois démontré.

Enfin, en lien avec l'idée de pérennisation, la compliance doit se préciser. Il s'agit là de la condition principale de son maintien. La compliance est pour l'heure imprévisible. Cela est tout d'abord dû au fait que la notion n'est pas assez strictement définie et recouvre encore aujourd'hui un champ bien trop large. Cette instabilité rend son application pratique difficile. Il est donc urgent de retenir une définition moins large ou de construire une typologie de la compliance en trouvant des termes adaptés à chaque phénomène qu'elle engendre ou qu'elle regroupe. En ce sens, la compliance deviendrait un concept qui désigne un ensemble d'action plutôt qu'une notion juridique imprécise.

3. La compliance doit aménager une continuité théorique et pratique afin de rester efficace

Il existe une réelle inadéquation de la conception théorique et de l'application pratique. La compliance vise théoriquement des buts monumentaux, si globaux qu'elle en est difficilement applicable en pratique et doit passer par le filtre de multiples acteurs qui doivent préciser les façons de les réaliser.

Dès lors cette approche globale est à la fois la force et la faiblesse de la compliance. Cet écueil se retrouve aussi dans la conception universaliste des droits de l'homme dont la Déclaration Universelles des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948 est l'exemple le plus parlant. Tout comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789, ces textes opèrent ce qu'ils considèrent comme un nécessaire effort d'abstraction aboutissant à ce que les droits reconnus existent et s'appliquent théoriquement à tous, alors même que chacun est conscient que ce n'est pas le cas en pratique.

Or la compliance, qui promeut une approche pragmatique quand elle est appliquée par les autorités de régulation, gagnerait peut être à s'attacher à plus de pragmatisme dans sa conception théorique, quitte à insérer une dose de relativisme nécessaire. En effet les objectifs ne sont pas de même nature dans les Etats développés, notamment dans ceux où la régulation économique s'est imposée. Il s'agit là de conserver des libertés déjà présentes ou de promouvoir des droits de troisième génération, notamment à l'égard des consommateurs. Les pays en développement sont quant à eux, dans une situation plus urgente dans laquelle de graves violations de droits fondamentaux sont possibles, particulièrement pour les salariés et l'environnement. Dès lors, au niveau international, la priorité est et doit être de maîtriser ces risques et de combattre les atteintes aux droits. Dans les pays développés tels que les membres de l'UE et la France, il est plutôt question de créer un cercle vertueux sur une base plutôt favorable à la compliance. Pour autant, il ne faut strictement distinguer ces deux types de compliance mais avoir conscience de ces différences.

4. La recherche sur la compliance doit s'étendre à d'autres domaines que le droit afin d'en prendre la pleine mesure

Il s'agit d'aborder les disciplines qui permettent une plus large compréhension générale du phénomène de la compliance mais aussi des champs d'études qui peuvent aider à l'application concrète de la compliance auprès de chaque personne concernée

4.1 L'économie

Les interactions croissantes entre droit et économie et la nature de la compliance rendent inévitable la rencontre de ces deux matières. L'efficacité de la compliance est dépendante d'une bonne analyse de la situation économique et d'un cadre juridique qui lui permet de déployer ses effets. Il est même nécessaire de coupler les recherches en droit et en économie, puis d'en analyser les résultats, pour avoir une vision d'ensemble permettant d'élargir les conclusions de chacune.

Il n'est point à douter que le chercheur en économie comme le chercheur en droit se trouvent ponctuellement limités ou bridés par un manque de connaissance dans l'une des deux matières, ce qui fut le cas du présent mémoire.

L'autre intérêt est que de telles études permettront également de préciser les interactions entre droit et économie, notamment leurs limites. La montée en puissance de l'analyse économique du droit (ou « *Law & Economics* ») qui prend le parti de mesurer la qualité de la norme juridique selon son efficacité économique n'est pas une posture qui semble souhaitable au regard des objectifs poursuivis par la compliance⁵²⁶. Dès lors, il convient de repenser les rapports entre droit et économie, et la compliance semble être le sujet idéal pour cela.

4.2. Le management

Les théories managériales venues des Etats-Unis disposent désormais d'une solide assise dans le monde universitaire français. Leur but est d'améliorer la gestion des entreprises, notamment des ressources humaines. Au-delà du fait que le management est la méthode permettant de promouvoir et d'appliquer la compliance au sein des entreprises, un nouveau courant combinant management et droit est apparu : l'approche « *Law & Management* ». Il s'agit également d'une méthode d'analyse du droit vis-à-vis du management. Le but est d'étudier comment le droit peut avoir un impact positif sur la gestion et la gouvernance d'entreprise.

Cependant les théoriciens de l'approche s'inscrivent en opposition à l'analyse économique du droit, en rejetant notamment les postulats formulés par ce courant. Pour Antoine Masson, l'approche « *Law & Management* » : « *cherche à expliquer les différences de performances entre des entreprises, au sein d'un même système juridique, en fonction de leur capacité variable à tirer profit du droit. Autrement dit, là où les analyses économiques du droit postulent une influence de la règle sur la performance économique, le courant « Law & Management » cherche à cerner comment le droit est effectivement pris en compte par les acteurs économiques, en rejetant l'idée d'une influence mécanique et uniforme.* »⁵²⁷. Contrairement aux analyses

⁵²⁶ Yannick Gabuthy, « Analyse économique du droit : présentation générale », (n°202-203)

Economie et prévision, 2013/1

⁵²⁷ Antoine Masson, Hugues Bouthinon-Dumas, « L'approche « *Law & Management* » », *RTD Com.*, 2011.233

économiques du droit qui s'adressent aux « *autorités normatives et judiciaires* »⁵²⁸, l'analyse managériale du droit reste attachée aux sciences de la gestion, et est destinée aux entreprises elles-mêmes.

Il en résulte une pratique nommée le « *management juridique* »⁵²⁹ qui « *suppose une approche pragmatique* »⁵³⁰ dans l'évaluation des avantages et désavantages des règles de droit pour les entreprises.

Cette approche présente donc un intérêt certain pour la compliance, puisque le management juridique se rapproche du rôle du « *compliance officer* » bien que l'objet soit ici bien plus clairement d'éviter que l'entreprise soit soumise à des obligations supplémentaires pénalisantes, ce qui est souvent le cas d'un dispositif de compliance pour les entreprises. Dès lors la compliance gagnerait à prendre ces méthodes en compte afin d'édicter des règles qui peuvent s'appliquer au plus grand nombre. Cela éviterait que des problématiques uniquement juridiques viennent empêcher une application uniforme des obligations à toutes les entreprises que le législateur souhaitait viser.

4.3 La psychologie

La psychologie est déjà largement sollicitée par les sciences managériales, notamment car elle permet de mieux comprendre la façon dont les personnes se comportent et réagissent aux directives données par les managers. La question des méthodes managériales propices à la mise en place d'un cercle vertueux en matière d'éthique est souvent traitée. La compliance peut donc s'appuyer sur ces résultats pour appréhender l'application concrète, dans la vie quotidienne du salarié des comportements qu'elle prescrit.

À ce sujet, il existe par exemple un phénomène en psychologie sociale dénommé « *ethical blindness* » (aveuglement éthique). Dans un article consacré à ce sujet, Guido Palazzo, Franciska Krings et Ulrich Hoffage définissent l'aveuglement éthique comme un comportement ou une décision contraire à l'éthique mais involontaire, c'est-à-dire que la personne n'en est pas consciente. En effet, les personnes ont tendance à croire en leur capacité de décision rationnelle et morale. Pourtant il est en réalité très difficile de décider seul des choix et de l'adoption de

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

comportements conformes à l'éthique. En réalité, selon les auteurs cela dépend avant tout d'« *interactions complexes entre le ressenti individuel et le contexte* »⁵³¹ dans lequel la personne se trouve.

Le contexte joue effectivement une influence déterminante pour orienter le comportement et la décision. La personne peut donc se retrouver plongée dans un état d'aveuglement éthique qui viendra brouiller sa perception des distinctions classiques entre le bien-agir et le mal-agir.

L'article précité⁵³² prend l'exemple de célèbres expériences psychologiques. Tout d'abord celle de Stanley Milgram dans laquelle des sujets exposés à une figure d'autorité, pouvaient être convaincus de prendre des décisions en flagrante contrariété avec l'éthique. L'autre expérience est celle de Solomon Asch qui a montré l'influence du groupe sur l'individu. Si le groupe prend une décision unanime mais clairement fausse, l'individu au sein de ce groupe aura tendance à se conformer à cette décision malgré l'évidence. Plus largement cela montre la difficulté pour l'individu de penser par lui-même le comportement qu'il convient d'adopter dès qu'il se trouve dans un groupe où les comportements et décisions sont normées et unanimes.

Cela permet d'expliquer pourquoi certaines décisions de salariés d'entreprises paraissent totalement immorales au grand public mais le sont bien moins en considération du contexte. L'exemple le plus parlant est celui des « *traders* » dont certains prennent des risques insensés. Les conditions de travail expliquent ces comportements. Les traders doivent prendre des décisions très rapidement, sans avoir le temps d'analyser pleinement les situations. Il s'agit d'un secteur où la compétition est permanente, notamment en raison du fait que ces derniers travaillent souvent en espace ouvert et que leurs résultats sont affichés publiquement. Enfin la hiérarchie est constamment présente pour stimuler les traders et oriente indirectement les décisions prises par les traders.

Il est alors plus aisé de comprendre les difficultés que la compliance peut rencontrer au stade de son application. Cela nécessite un changement de management et d'approche. Dans le cas de la compliance en matière bancaire et financière, il a déjà été montré l'importance de la prévention et de la détection des risques. Or, certains cadres de travail peuvent rendre cela impossible. Ainsi, malgré les normes juridiques, l'application pratique dépendra surtout de l'organisation de l'entreprise et du management.

⁵³¹ Guido Palazzo, Franciska Krings, Ulrich Hoffage, « Ethical Blindness », *Journal of Business Ethics*, 109(3), Février 2013

⁵³² Ibid.

Bibliographie

I) Ouvrages

- Carbonnier Jean « Droit et non-droit », in *Flexible droit* 10^{ème} Edition (2013), LGDJ, 1969
- Chevallier Jacques, *L'Etat postmoderne*, 5^{ème} Edition (2017), LGDJ, 2003
- Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit Public Economique*, 8^{ème} édition (2016), LGDJ, 1995
- Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF (10^{ème} Edition), 2014
- Le Hardÿ de Beaulieu Louis, *L'Union Européenne : Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des Institutions de l'Union*, PU Namur, 1995
- Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Paris, Dalloz, 2017
- Gaudemet Antoine (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2016
- Marcou Gérard, Moderne Franck, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome I : comparaison et commentaires, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2005
- Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, 5^{ème} Edition (2016), LGDJ, 2009
- Truchet Didier, *Le droit Public*, Que sais-je ? n°1327, 2003 (Edition 2014)

Ouvrages non juridiques :

- Cahuc, Pierre, Zylberberg, André, *Le négationnisme économique et comment s'en débarrasser*, 2016, Champs Actuels
- Cassin Barbara, *Eloge de la traduction : Compliquer l'universel*, Editions Fayard, 2016
- Gauthier André, *L'économie mondiale depuis la fin du XIX^{ème} siècle*, Editions Bréal, 1996
- Jacquard Albert, *J'accuse l'économie triomphante*, Calmann-Lévy, 1995
- Maris Bernard, *Keynes ou l'économiste citoyen*, Presses de Sciences-Po, 1999
- Moreau-Defarges Paul, *La Mondialisation*, Que sais-je ? n°1687 (Edition de 2016)
- Weber Max, *Le savant et le politique*, Edition 10/18, 1919

II) Thèses

Claudel, Emmanuelle, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Université Paris X, 1994,

De Coninck, Marie, *Recherches sur les singularités du contentieux économique*, Université Montpellier, 2015

III) Articles

Abadie Pauline « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », Recueil Dalloz, 2018, p.302

Auby Jean Bernard, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001

Auby Jean-Bernard, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

Augagneur Luc-Marie, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 5 Octobre 2017, 1522

Autin Jean-Louis, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010, p.875

Beauvais Pascal, « Méthode transactionnelle et justice pénale », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016

Bédier Jérôme, « La compliance, un outil actif de développement de l'entreprise », Conférence *L'individu au cœur de la compliance* tenue au Conseil Economique et Social, 2 Novembre 2017

Bismuth Régis, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anticorruption américains : le point de vue du droit international public » in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016

Bismuth Régis « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des américains accidentels », *Journal du droit international* (Clunet) n°4, Octobre 2017, Doctr. 11.

Cammas Geneviève, Routier Richard, « La « globalisation » du droit des affaires ? », *Revue Générale du Droit*, 19 Janvier 2001

Cassia Paul, « Le Conseil d'Etat abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », *Médiapart*, 22 Mai 2018

Chevallier Jacques, « Le statut des autorités administratives indépendantes : Harmonisation ou diversification », *RFDA* 2010, p.896

Cohen-Tangui Laurent, « La vie secrète des corporate monitors », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016, p. 91 à 95

Cordie-Palasse Blandine, « *Le compliance officer : chef d'orchestre du culture change management* », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016

Dargham Christian, Marhuenda Marion, « Compliance et diversité culturelle », in *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon-Assas, 2016

Daumas Vincent, « Les prises de position », *RFDA* 2016.506

De Juvigny Benoit « La compliance, bras armé de la régulation », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

De la Cotardière Arnaud, Hannezo, Eléonore « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017,

De Fontenelle Louis, « La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2018.312

De Lamy Bertrand, Observations sous Conseil Constitutionnel, 26 Septembre 2015, « Association France Nature Environnement », QPC n°2014-416, RSC 2015, p. 711

Denoix de Saint Marc Renaud, « Régulateurs et Juges », In *Les régulations économiques : Légitimité et Efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004,

Desmoulin Gil, « La recherche de performance des politiques publiques », *AJDA* 2013.894

Donnedieu de Vabres Lorraine, « Pas de compliance sans confiance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

Dufour Olivia, « Le succès du médiateur de l'AMF ne se dément pas », Petites affiches, n°135s1, p. 4, 24 Avril 2018

Dupuis-Toubol Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites Affiches* n°17, p. 17, 23 Janvier 2003

Falque-Pierottin Isabelle « L'Europe des données ou l'individu au cœur d'un système de compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

Frison-Roche Marie-Anne, « Du droit de la régulation au droit de la compliance » In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

- Frison-Roche Marie-Anne, « Entreprise, Régulateur, Juge, penser la compliance par ces trois personnages » in *Compliance : Entreprise, Régulateur, Juge*, Dalloz 2017
- Frison-Roche Marie-Anne, « Il faut construire un dispositif européen de compliance, voilà l'avenir ! », in Actualités/Entretiens *Petites Affiches*, n°244, 7 Décembre 2006, p. 4 à 6
- Frison-Roche Marie-Anne, « Le droit financier entre volontés et informations », in *Mélanges Jeantin*, 1999
- Frison-Roche Marie-Anne, « Les fonctions de la compliance. Un choix politique à opérer », In *La compliance nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ?*, Colloque du 2 Juin 2017
- Girard Didier, « Le recours pour excès de pouvoir confronté au droit souple : il plie mais ne rompt pas ! », *Revue Générale du Droit*, 6 Juin 2016
- Hovasse Henri, « Les aspects juridiques et financiers de la globalisation des marchés financiers » *Droit des Sociétés*, Juillet 2000
- Kalflèche Grégory, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420
- Laperche Blandine, Uzunidis Dimitri, « Responsabilité sociale et profit : Repenser les objectifs de l'entreprise », *La revue des sciences de gestion*, 2011/1 (n°247-248), Pages 111-120
- Lasserre Bruno « Concurrence et bien public à travers la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017
- Léguas Claire, Conclusions sous Conseil d'Etat, 11 Octobre 2012, Société Casino Guichard Perrachon, n°257193
- London Caroline « Le protocole de Kyoto : Enjeux et réponses communautaires », *Environnement* n°2, Février 2002
- Marcou Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006.347
- Marin Jean-Claude, « Droit pénal et compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017
- Martin Stanislas, « Négocier avec une AAI : l'exemple de l'ADLC », *Gazette du Palais*, n°322r9, p. 16, 18 Mai 2018

Marzal Toni, « *A world of struggle. How power, law and expertise shape global political economy* » (Un monde de lutte. Comment le pouvoir le droit et l'expertise façonne l'économie politique globale), *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 167

Masson Antoine, Bouthinon-Dumas Hugues, « L'approche « *Law & Management* » », *RTD Com.*, 2011.233

Maury Suzanne, « La LOLF est-elle un bon moyen d'évaluer les politiques publiques ? », *AJDA*, 2008.1366

Melleray Fabrice, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016.679

Merville Anne-Dominique, « L'effectivité des droits de la défense dans les procédures disciplinaires : le point de vue du compliance officer », *Bulletin Joly Bourse*, n°111p3, p. 376, 1^{er} Juillet 2014

Migaud Didier, « Le nouveau rapport entre l'Etat et les normes impliquées dans la compliance », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

Muir-Watt Horatia, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *Revue internationale de droit économique*, 2013,

Richard Jacky, Cytermann Laurent, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », *Droit Social*, 2014.400

Rolin Frédéric, « Le droit administratif est-il au service du grand capital ? », *AJDA*, 2016.921

Rome Félix, « Droit public/Droit privé : je t'aime, moi non plus », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2129

Sauvé Jean-Marc, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », Intervention au colloque de la Société de Législation Comparée, 12 Octobre 2012

Sauvé Jean-Marc, « Compliance, droit public et juge administratif », In *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz 2017

Sauvé Jean-Marc, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Colloque des 10 ans de l'AFDA, Université d'Auvergne, 16 Juin 2016

Sauvé Jean-Marc, « L'Europe dans la globalisation du droit », Intervention à l'occasion du congrès inaugural de l'Institut Européen du droit, 1^{er} Juin 2011

Séguin Philippe, Allocution lors de la séance de rentrée solennelle de la Cour des Comptes, 27 Janvier 2009

Sivignon Jacques, Briant Guillaume « L'utilité des procédures de compliance », In *La compliance : un monde nouveau ?*, Editions Panthéon Assas 2016

Supiot Alain, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation des entreprises », *Droit Social* n°3, Mars 1989, p. 3

Terneyre Philippe, « Secteur public et concurrence : la convergence des principes », *AJDA* 2007, p. 1906

Timsit Gérard, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n°78, Paris, 1996, p. 375-394

Troper Michel, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales*, 1992, 47^{ème} année n°6, p. 1171

Paillusseau Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Cahier Droit des affaires* n° 4 du 23 janvier 2003 et n° 5 du 30 janvier 2003

Pez Thomas, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°49, Octobre 2015, p.44 à 57

Ubéda-Saillard Muriel, « Le processus de contractualisation en droit international public », *RFDA* 2018

Articles non juridiques :

Balibar, Françoise, During, Elie « Comment parler des sciences dures ? », *Revue Critique* n°661-662, Les Editions de Minuit, 2002, p.2

Yannick Gabuthy, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Economie et prévision*, 2013/1 (n°202-203)

Lacoue-Labarthe, Dominique, « L'invention du régulateur bancaire dans les années 1930 aux Etats-Unis », *Association d'Economie Financière*, (Site web)

Working papers :

Frison-Roche, Marie-Anne, « Tracer les cercles du Droit de la Compliance », <http://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/>

Frison Roche, Marie-Anne, « Les différentes natures de l'ordre public économique », <http://mafr.fr/fr/article/les-differentes-natures-de-lordre-public-economiqu/>

Frydman, Benoît, « L'émergence d'une discipline : le droit global », Working Paper du Centre Perelman de philosophie du droit 2015/06

IV) Rapports

Groupe SNCF, Rapport d'engagement sociétal, 2017

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, « Rapport du Groupe intergouvernemental à composition non limitée de travail sur la création d'un instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme », (OEIGWG), Rapports d'Octobre 2015, 2016 et 2017

Assemblée Nationale, Pierre Lellouche (Pr), « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », n°4082, 5 Octobre 2016

AMF, « Etude comparée : les codes de gouvernement d'entreprises dans 10 pays européens », 30 Mars 2016

Assemblée Nationale, Jacques Mézard (Rapp.), « Un Etat dans l'Etat : Canaliser les AAI pour mieux les contrôler », 28 Octobre 2015

Groupe SNCF, Rapport RSE, 2015

Conseil d'Etat, Etude annuelle « Le droit souple », *EDCE*, 2013

Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », Janvier 2011

Conseil d'Etat, Etude annuelle « Consulter autrement, participer effectivement », *EDCE*, 2011

Curien, Nicolas, Muet, Pierre-Alain, « La société de l'information », *La Documentation Française*, 2004

Conseil d'Etat, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 2001

Organisation de Coopération et de Développement Economique, Rapport « Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics », 2001

V) Textes

Internationaux :

CoP 21, *Accords de Paris sur le climat*, 12 Décembre 2015

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU (26^{ème} session), *résolution 26/09*, 14 Juillet 2014

Organisation Internationale de Normalisation, *Norme ISO 26000-2010 Responsabilité sociétale*, 2010

CoP 7, *Accords de Marrakech Décision 24/CP.7*, 2001

Convention Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Protocole de Kyoto, 11 Décembre 1997

Convention de Vienne relative au droit des traités, 23 Mai 1969

Charte des Nations Unies, 26 Juin 1946

Européens :

Traités :

Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne

Traité sur l'Union Européenne

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

Traité instituant la Communauté Européenne

Règlements :

Règlement n°2016/679 dit Règlement général de protection des données, 14 Avril 2016

Règlement n°2271/96 portant protection contre les effets de l'application extra territoriale d'une législation adoptée par un pays-tiers du 22 Novembre 1996

Directives :

Directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations non financières du 22 Octobre 2015 dite « directive RSE »

Directive 2014/65 UE du 15 Mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers dite « directive MIF 2 »

Directive 2005/60/CE du 26 Octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

Directive 2004/39/CE du 21 Avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers dite « directive MIF 1 »

Directive 2004/18/CE du 31 Mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Décisions :

Décision UE 2017/1207 du 4 Juillet 2017 de la Commission Européenne

Législatifs :

Code Monétaire et Financier

Code de Commerce

Ordonnance n°2017-1107 du 22 Juin 2017

Loi n°2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres

Loi n°2017-55 du 20 Janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes

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 II »

Loi n°2016-1547 du 18 Novembre de 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle

Loi n°2016-483 du 20 Avril 2016 relative à la déontologie

Loi n°2013-1117 du 6 Décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

Ordonnance n°2009-104 du 30 Janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

Ordonnance n°2007-544 du 12 Avril 2007

Loi organique n°2001-692 du 1^{er} Août 2001

Loi n°78-17 Informatique et libertés du 6 Janvier 1978

Règlementaires :

Règlement Général de l'AMF

Décret n°2016-1480 du 2 Novembre 2016

De droit souple :

AMF, Recommandation du 15 Mars 2010 (modifiée le 6 Novembre 2014), « Lignes directrices en matière de lutte contre le blanchiment d'argent », DOC-2010-22

ADLC, Document cadre du 10 Février 2012

ADLC, Lignes directrices du 16 Mai 2011

ADLC, Décision n°10-D21, 30 Juin 2010, Néopost

Comité de Bâle, Lignes directrices « *Compliance and the compliance function in banks* » (Conformité et fonction de conformité dans les banques), 29 Avril 2005

Commission Européenne, Livre vert « Promouvoir la responsabilité sociale des entreprises », 2001

Acte COM 2011 428, « Gouvernance Européenne : un livre blanc », 25 Juillet 2001

Privés :

Code AFEP-MEDEF

VI) Jurisprudence

Constitutionnelle :

Conseil Constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 Mars 2017

Conseil Constitutionnel, 2 Juin 2017, QPC n°2017-634 « Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés »

Conseil Constitutionnel, 24 Juin 2016, QPC n°2016-545, « Jérôme C »

Conseil Constitutionnel, 24 Juin 2016, QPC n°2016-546, « Alec W »

Conseil Constitutionnel, 17 Janvier 2013, QPC n°2012-289, « Laurent D »

Internationale :

Cour Permanente de Justice Internationale, 7 Septembre 1927, *Lotus*,

Européenne :

Cour de Justice de l'Union Européenne, 18 Décembre 2014, *Etablissement hospitalier de Careggi*, n°C-568-13

JUE, 3 Avril 2014, République française contre Commission, Affaire C-559/12P

CJUE, Grande chambre, 26 Février 2013, *Akerberg Fransson*, Affaire n°C617/10

CEDH, 20 Janvier 2011, *Monsieur Vernes contre France*, n°30183/06

CJUE, 3 Juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie*, n°C203/08

CJCE, 28 Octobre 1975, *Rutili*, Affaire n°36-75, §32 CJCE, 14 Mai 1974,

Nold, Affaire n°4-73, §13

CJCE, 12 Novembre 1969, *Stauder*, Affaire n°29-69, §7

Administrative :

Conseil d'Etat, 18 Mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n°414583

Conseil d'Etat, 13 Décembre 2017, Société Bouygues Telecom, n° 401799

Conseil d'Etat, 16 Décembre 2016, Groupement d'employeurs Plussagri, n°390234

Conseil d'Etat, Assemblée, 21 Mars 2016, Fairvesta International GMBH, n°368082

Conseil d'Etat, Assemblée, 21 Mars 2016, Société Numéricable NC, n°390023

Conseil d'Etat, Assemblée, 30 Décembre 2014, Société Armor SNC, n°355563

Conseil d'Etat, Assemblée, 30 Juillet 2014, Monsieur V, n°358564

Conseil d'Etat, Assemblée, 4 Avril 2014, Département Tarn-Et-Garonne, n°358994

Conseil d'Etat, 24 Juin 2013, Société Colruyt France et Etablissements FR Colruyt,

n°360949 Conseil d'Etat, 15 Mai 2013, Société Alternative Leaders France, n°356064

Conseil d'Etat, 11 Octobre 2012, Société Casino Guichard Perrachon, n°257193

Conseil d'Etat, Assemblée, 23 Décembre 2011, Danthony, n°335033

Conseil d'Etat, Assemblée, 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image, n°317827

Conseil d'Etat, Assemblée, 16 Février 2009, Société ATOM,

n°274000 Conseil d'Etat, 13 Juillet 2007, Editions Tissot, n°294195

Conseil d'Etat, Assemblée, 11 Mai 2004, Association AC ! et autres, n°25886

Conseil d'Etat, Section, 18 Décembre 2002, Dame Duvignères, n°233618

Conseil d'Etat, 26 Mars 1999, Société EDA, n°2022260

Conseil d'Etat, Section, 3 Novembre 1997, Société Millon et Marais, n°169907

Conseil d'Etat, Section, 11 Décembre 1970, Crédit Foncier de France, n°78880

Judiciaire :

CA Paris, 19 Décembre 2013, n°12/2264

Cass. Com, 6 Septembre 2011, n° 10-11564

CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 19 janv. 2010, *SAS AMD Sud-Ouest*, n°2009/00334

Autorités de Régulation :

ACPR, Décision n°2016-04 du 18 Mai 2017 de la Commission de sanction

VII) Sources en langue anglaise

Ouvrages :

Bovens Mark, Goodin Robert, Schillemans Thomas, « The Oxford handbook of public accountability », *Oxford Handbooks*, 2014

Dubnick Mel, Chapitre 5 « Clarifier l'« *accountability* » : Un cadre théorique éthique », In *Public Sector Ethics*, Routledge, 2012,

Ernst Haas, *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, 1958

Articles :

Dubnick Melvin, « Accountability as cultural keyword », Intervention au Colloque sur la bonne gouvernance, Amsterdam, 9 Mai 2012

Dubnick Melvin, « Accounting for accountability », Colloque annuel de l'association américaine de science politique (APSA), Septembre 2005

Palazzo Guido, Krings Franciska, Hoffage Ulrich, « Ethical Blindness », *Journal of Business Ethics*, 109(3), Février 2013

Textes :

Loi « *Iran and Lybia Sanctions Act* » (Pubic Law 104-172), version amendée du 15 Décembre 2016 par la Public law n°114-277

Loi « *Comprehensive Iran Sanctions Accountability, and Divestement Act* », Public law n°11-195, 1^{er} Juillet 2010

Code des Etats-Unis, Article 15, § 78dd–1

Code des Etats-Unis, Titre 50, Chapitre 35, §1701

Sénat des Etats-Unis, Résolution S.Res.98, 6 Décembre 1997

Loi « *International emergency economics powers Act* », Public law n°95-223, 28 Ocotbre 1977

Loi « *Trading with the ennemy Act* », USC12 95a, 6 Octobre 1917

Jurisprudence :

Cour Suprême des Etats-Unis, 1^{er} Décembre 2015, Affaire *OBB Personenverkeher contre Sachs*

Sommaire

Introduction	1
Première partie : La nécessité d'organiser un phénomène foisonnant	12
Chapitre 1 : Les causes de l'apparition de la compliance dans le droit	13
Section 1 : Un contexte mondial et économique bouleversé	14
§1) La compliance, instrument de régulation en réponse aux défaillances substantielles de la mondialisation	14
§2) La compliance comme solution à la crise conceptuelle et matérielle de l'Etat	18
Section 2 : Une réponse à l'inertie relative du droit international public	22
§1) Un immobilisme fondé sur les faiblesses classiques du droit international	23
§2) L'émergence d'une consécration internationale de la compliance	26
Chapitre 2 : Le déploiement de la compliance par des moyens juridiques diffus et communs	
31	
Section 1 : Une diversité d'outils internes hérités du droit de la régulation	31
§1) La prédominance logique de moyens de droit souple dans la mission de régulation	32
§2) L'autonomisation progressive de la compliance comme méthode propre de régulation	36
Section 2 : La convergence des droits nationaux vers un standard unifié de compliance	41
§1) Une convergence des droits nationaux avérée mais inachevée	42
§2) La création d'un standard européen de compliance	47
Chapitre 1 : La mise en œuvre d'une coopération entre entreprises et autorités de régulation	53
Section 1 : L'attachement immanent du régulateur public indépendant au respect des droits humains	54
§1) La nécessité de la compliance au maintien de la présence publique au sein de la régulation économique	54
§2) Un rôle versatile conditionné par les enjeux du secteur	59
Section 2 : L'équivocité discutée des objectifs de l'initiative privée	63
§1) Un mouvement abrupt de responsabilisation de l'entreprise	64
§2) Le risque contenu d'une privatisation de la compliance par l'entreprise	68
Chapitre 2 : La complémentarité des formes d'action publique en matière de compliance ..	71

Section 1 : La recherche de cohérence des dispositifs législatifs et de l'action des autorités de régulation	72
§1) Le rôle répartiteur du législateur garant de la bonne distribution des rôles	72
§2) Le rôle organisationnel du législateur garant de l'efficacité opérationnelle des acteurs	75
Section 2 : La redéfinition partielle de la fonction des juridictions	78
§1) Un approfondissement des relations avec les autorités de régulation	78
§2) L'appropriation du juge de moyens de compliance	82
Seconde Partie : Le renouvellement subséquent de l'approche juridique	86
Chapitre 1 : Les évolutions conceptuelles induites par la compliance	87
Section 1 : Les mutations de concepts juridiques classiques	87
§1) L'assouplissement des notions d'obligation et de responsabilité	88
§2) La redéfinition de la notion de norme	92
Section 2 : La remise en question des distinctions juridiques classiques	95
§1) La compliance comme méthode accentuant la convergence entre droit privé et droit public	95
§2) La compliance comme potentiel instrument de rapprochement des ordres juridiques à l'international ?	99
Chapitre 2 : Un facteur certain de la modernisation du droit	103
Section 1 : La compliance élément d'adaptation du droit aux évolutions institutionnelles	103
§1) Un droit adapté à la figure nouvelle d'un Etat néo-moderne	104
§2) Un droit adapté au renouvellement de la gouvernance internationale	107
Section 2 : L'approfondissement de mécanismes juridiques novateurs	110
§1) Le développement et l'affirmation du droit non étatique	111
§2) Le renforcement du droit négocié garant de la qualité de la règle de compliance	114
Chapitre 1 : Les enjeux exogènes de la compliance en droit public	118
Section 1: L'objectif d'une régulation européenne globale	118
§1) La compliance comme approfondissement de la construction européenne	119
§2) Une méthode centrale dans le rayonnement économique et international de l'Union	123
Section 2: Les interrogations soulevées par l'action du juge administratif	127

§1) L'utilisation discutée de la voie du recours pour excès de pouvoir	128
§2) Un juge de la bonne définition des objectifs ou de leur bonne réalisation ?	132
Chapitre 2 : Les enjeux endogènes de la compliance en droit public	135
Section 1: Les bénéfices de la compliance au sein du secteur public	136
§1) Une performance publique enrichie d'objectifs de compliance.....	136
§2) Un élément déterminant de la bonne gouvernance des entreprises publiques	140
Section 2: Les perspectives d'amélioration de la compliance.....	143
§1) L'ouverture de l'invocabilité du défaut de compliance	143
§2) L'application de la compliance à la fonction publique	146
Conclusion.....	150