

Naissances d'une branche du droit : le Droit de la Compliance¹

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeure de Droit de la Régulation et de la Compliance

Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)

Directrice de l'École européenne de Droit de la Régulation et de la Compliance (EeRC)

Agrégée de Droit privé et Professeure de Droit, Marie-Anne Frison-Roche a été Professeure titulaire à l'Université Paris-Dauphine, où elle a fondé le Master de droit économique, puis Professeure titulaire à Sciences po, où elle créa la Chaire Régulation et le Master de droit économique. Elle se consacre au *Journal of Regulation & Compliance*, et à l'École européenne de la Régulation et de la Compliance.

Résumé : L'étude porte sur les différents mouvements qui ont fait naître le Droit de la Compliance, l'accent étant plus particulièrement mis sur le Droit de la Concurrence.

Après une réflexion préalable sur la construction du système juridique en branches du Droit, leur classement les unes par rapport aux autres, la difficulté rencontrée à ce propos par le Droit économique, et les différents mouvements qui en font naître une, diversité dont la branche garde par la suite la trace, l'étude est construite en 4 parties.

Pour rechercher ce qui a fait naître le Droit de la Compliance, la première partie convie à récuser la perspective étroite d'une définition qui se contente de définir celui-ci par le fait de « se conformer » aux réglementations applicables. Cela a pour effet d'accroître l'efficacité de celles-ci, mais cela ne produit pas une branche du Droit, étant un outil d'efficacité comme un autre.

La deuxième partie de l'étude vise à éclaircir ce qui apparaît comme une « énigme », car l'on affirme souvent que cela viendrait d'une méthode souple, ou d'un texte américain, ou d'autant de réglementations qu'il y a d'occasions d'en prendre. Il apparaît plutôt qu'il s'est agi aux États-Unis, au sortir de la crise de 1929, d'établir une autorité et des règles pour prévenir un nouvel effondrement atroce de système, tandis qu'il s'est agi en Europe, en 1978, en souvenir de l'usage des fichiers, d'établir une autorité et des règles pour prévenir une atteinte atroce aux droits humains. Un élément commun qui vise l'avenir (« plus jamais ça »), mais pas le même objet de rejet préventif. Cette différence des deux naissances explique l'unicité et la diversité des deux Droits de la compliance, les tensions qui peuvent exister entre les 2, l'impossibilité d'obtenir un Droit global.

1. Cet article est basé sur un document de travail bilingue, doté de développements supplémentaires et de liens hypertextes ; dans sa version française <https://mafr.fr/fr/article/naissance-dune-branche-du-droit-le-droit-de-la-com/> ; dans sa version anglaise <https://mafr.fr/en/article/naissance-dune-branche-du-droit-le-droit-de-la-com/>.

La troisième partie analyse la façon dont le Droit de la concurrence a fait naître en son sein la conformité : une branche secondaire qui est gage de conformité à la réglementation concurrentielle. Notamment développée ainsi à travers le droit souple émis par les autorités de concurrence, il en résulte une sorte d'obéissance souple, une collaboration bien comprise de type procédurale par laquelle l'entreprise éduque, surveille, voire sanctionne, sans sortir du Droit de la concurrence dont la conformité constitue l'annexe. L'on peut mesurer ici le chemin qui sépare une culture de conformité d'un Droit de la Compliance.

La quatrième partie vise à montrer que le Droit de la Concurrence et le Droit de la Compliance sont deux branches du Droit autonomes et articulées. Le Droit de la Compliance étant une branche du Droit construite sur des Buts Monumentaux, notamment la durabilité des systèmes et la préservation des êtres humains qui y sont impliqués pour qu'ils n'y soient pas broyés mais en bénéficient, l'enjeu actuel de la construction européenne est de construire à côté du pilier concurrentiel le pilier du Droit de la Compliance. Les juridictions sont en train de le faire et de les articuler.

Prolégomènes : voir naître une branche du Droit à travers les systèmes juridiques

1. **Profondeur et immédiateté des branches du Droit.** – Pour celui qui veut saisir le Droit, cette matière ancienne et profonde, s'offre le bonheur de circuler dans les rayonnages des bibliothèques où tant de savoir a été déposé par les grands maîtres. Prêtons aussi attention à ce que toute personne peut indiquer à l'étudiant qui craint de s'effondrer lorsque l'heure du premier examen de sa première année d'étude s'approche. Quel conseil reçoit cet étudiant, auquel peu importent alors le titre et les diplômes de celui qui l'aide ?

D'un côté, l'érudit ouvre des volumes, façonnés encore en papier, parcourant ainsi par exemple le livre magnifique de Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*², ou l'*Introduction historique au droit* de Norbert Rouland³, dont l'Introduction a pour titre « Naissance d'une matière », ou l'ouvrage de référence *Droit européen des affaires*⁴ de Louis Vogel, qui évoque notamment « l'origine du Droit de la concurrence issu de l'Union européenne ».

De l'autre côté, celui qui commence ses études et espère avoir la moyenne au contrôle ira sans doute par deux clics trouver une page numérique par laquelle celui qui se présente comme « formateur » expose, par exemple sur le site *aideauxtd.com*, la première chose à savoir sur le Droit : son architecture à travers les différentes branches du Droit. Il lui est expliqué que les deux premières « branches du Droit » seraient le Droit public et le Droit privé, le formateur précisant qu'il existe pourtant des « branches mixtes » comme le Droit pénal. Celui-ci paraît être du Droit privé mais, premier piège, il est en réalité du Droit public... L'étudiant se dit que tout cela n'est pas clair... Heureusement, le site n'évoque pas le Droit économique, qui est si difficile à loger...

2. J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 389 p. ; repris dans la collection Anthologie du Droit, LGDJ, 2016, 402 p. Cet ancrage dans le Droit romain est le thème de l'ouvrage de Frédéric Zénati-Castaing, *Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2021, 210 p., spécialement dans le chapitre 2 consacré à « La naissance de la science du droit » (p. 19-47).

3. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, coll. Droit fondamental, 1998, 720 p.

4. L. Vogel, *Droit européen des affaires*, 2^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, 1041 p.

Avant d'être perdu, l'étudiant peut cliquer sur une vidéo, celle-ci lui étant proposée comme le bon support pour ceux « qui ont la flemme » (sic) de lire les quelques lignes rendues précédemment disponibles à propos de l'architecture des branches du Droit. Si le sujet intéresse, le visiteur ne peut hélas aller plus loin, sauf si l'internaute souscrit à un document dont le titre est : « guide pour augmenter mes notes en échange de mon courriel et d'autres informations ».

Plutôt que de se plonger dans la question juridique de l'effectivité d'un tel consentement et d'entrer dans le Droit du numérique, dont nul ne sait s'il s'insère dans le Droit public ou dans le Droit privé, autant retourner à la réflexion sur ce qu'est une branche du Droit et à la façon dont celle-ci naît à travers le Droit romain de Jean Gaudemet, à l'anthropologie du Droit de Norbert Rouland et au Droit économique de Louis Vogel. Car peut-être l'étudiant d'aujourd'hui sera demain celui qui se promènera dans les rayonnages des bibliothèques.

2. Naissance du Droit économique : peu de souci de la *summa divisio* « Droit public / Droit privé ». – En lisant les réflexions sur les sources du Droit de la concurrence, l'on mesure que la difficulté est plus grande encore puisque certains verraient cette branche-là rattachée au tronc disciplinaire de l'Économie et non pas du Droit, qu'on le désapprouve comme le fait Alain Supiot⁵ ou qu'on l'approuve comme le fait Nicolas Petit⁶. Louis Vogel montre dans sa thèse que le contrôle des concentrations ne peut se maîtriser que par un respect réciproque des deux disciplines⁷, comme le pratique Philippe Aghion⁸.

Même si on mesure ainsi qu'une branche du Droit qui s'applique à l'Économie, a bien du mal à être classée dans le système juridique français, comme le souligna Georges Vedel⁹, notamment parce que, comme le présente ce site d'aide aux TD, si le Droit public et le Droit privé sont deux branches si massives que rien ne semble pouvoir leur échapper, la distinction étouffe les corpus qui ne peuvent s'y glisser, non pas tant parce qu'ils seraient trop petits et se perdraient telle l'aiguille dans la masse, mais parce qu'au contraire leurs corpus seraient trop volumineux. Ainsi le Droit de l'environnement et le Droit du climat subissent eux aussi le martyr du lit de Procuste, lit pervers et astucieux sur lequel les bras et jambes de l'invité endormi sont broyés pour avoir dépassé d'un lit trop petit dans sa conception. Oui, la distinction est aujourd'hui bien trop « petite » pour embrasser la réalité et l'ambition que l'on peut développer à son propos.

Il est donc difficile de placer une « branche du Droit » dans le système juridique ; on ne la dira « mixte » que parce qu'on ne sait pas la loger en totalité dans le Droit privé ou en totalité dans le Droit public, mais qu'on ne veut pas pour autant remettre en cause cette *summa divisio* dont nous ne voulons pas nous départir, sans doute aussi parce qu'il faudrait alors refaire les programmes d'enseignement dans les Universités et reconsidérer les modes de recrutement des professeurs de celles-ci, puisque ceux-ci sont soit professeurs de droit public, soit professeurs de droit privé, voire remettre sur le métier la dualité des

5. A. Supiot, *L'Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Points, coll. Essais, 2005, rééd., 2009, 336 p. ; *La gouvernance par les nombres*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, 418 p.

6. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 2020, 852 p.

7. L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, préf. B. Goldman, *Economica*, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, série Études et Recherches, 1988, 427 p.

8. Ph. Aghion, « Innovations économiques face aux défis climatiques », in C. Arnaud, O. de Bandt et B. Deffains (dir.), *Innovations économiques et juridiques face aux défis climatiques. Nouveaux défis regards croisés : Droit Économie et Finance*, Banque de France et CRED/Université Paris Panthéon-Assas, Paris, 2 avril 2024.

9. G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, t. 1, IAE de Toulouse, coll. Travaux et recherches de l'IPA, 1981, p. 767-783.

ordres de juridictions¹⁰. Le tissage de l'unité du Droit n'a pas encore entraîné un tel sacrifice, bien que Roland Drago le demanda¹¹.

3. La multiplication des branches du Droit qui ne rendent pas compte des pratiques, faute d'une conception appropriée dans le système juridique. – Mais à tout le moins il est acquis que le Droit de la concurrence, dont Louis Vogel est maître, ou le Droit de l'environnement, ou le Droit économique existent. À une époque où l'on en doutait encore, Vedel explique qu'il existe bien un Droit économique : il ne suffit pas pour cela qu'il existe des règles qui s'appliquent à un sujet spécifique, car il existe des règles qui s'appliquent aux chevaux et il n'existe pas pour autant une branche du Droit dont la dénomination serait « Droit du Cheval »¹². Pour qu'une branche du Droit existe, il faut de l'abstraction. C'est parce que l'Économie a été pensée et que cette abstraction a été reçue par le système juridique, que cela s'est produit d'une façon autonome des branches du Droit qui forment l'architecture du système juridique, qu'une branche du Droit est née. Ici le Droit économique, là le Droit de la concurrence. L'enseignement a sa part dans la « naissance d'une branche du Droit », puisque le professeur, pour exposer un corpus, doit aller bloc par bloc, regrouper sous des titres, des sections et des sous-sections, des intitulés qui se ressemblent et qui diffèrent, un plan qui rend l'ensemble digeste pour ceux qui apprennent. Geneviève Viney a montré que le Droit de la responsabilité est né au moment où des professeurs ont dû l'enseigner¹³.

4. L'émoi de voir naître par plusieurs voies une branche du Droit : les naissances du Droit de la Compliance. Quelle articulation avec le Droit de la concurrence ? Plan et construction de l'article. – Aujourd'hui, nous sommes en train de voir naître une nouvelle branche du Droit : le Droit de la Compliance¹⁴. Cela crée comme un grand émoi, cela d'autant plus que le mécanisme de la Vigilance, qui en constitue la pointe avancée¹⁵, entraîne des réactions de nature presque émotionnelles, les uns y voyant comme un progrès de l'Humanité, les autres comme une arme de destruction élaborée contre les entreprises européennes¹⁶. Ces excès de conception et de langage que l'on peut trouver tiennent sans doute à la surréaction qui accompagne toujours une création. Il est vrai que l'on a du mal à discerner cette branche du Droit si l'on confond ce qui l'identifie avec le fait d'avoir un comportement « conforme » aux règles qui sont applicables, ce que l'on fait encore très souvent, confusion dont les conséquences pratiques sont

10. R. Drago et M.-A. Frison-Roche, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », in Archives de philosophie du droit (APD), *Le privé et le public*, t. 41, Sirey, 1997, p. 135-148.

11. Les Mélanges qui furent réalisés pour rendre hommage au grand professeur Roland Drago en sont le reflet : *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, 503 p. ; v. aussi par ailleurs et par exemple, R. Drago et M.-A. Frison-Roche, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », préc.

12. G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », préc. ; v. aussi G. Vedel, « L'unité du droit. Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, op. cit., p. 1-8.

13. G. Viney, « La responsabilité », in Archives de philosophie du droit (APD), *Vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, Sirey, 1990, p. 275-292.

14. M.-A. Frison-Roche & Fabien Raynaud, « La compliance », in Cour de cassation, *La nuit du Droit 2023*, 2023, <https://www.mafr.fr/fr/article/lavenir-du-droit-de-la-compliance/> ; M.-A. Frison-Roche, « Le Droit de la compliance », *D.* 2016, chron., p. 1871-1874 ; « Le Droit de la Compliance au-delà du Droit de la Régulation », *D.* 2018, chron., p. 1561-1563.

15. M.-A. Frison-Roche, « Articulation systémique entre Vigilance, Due diligence, conformité et Compliance : la Vigilance, part totale de l'Obligation de Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *L'Obligation de Compliance, Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2024.

16. Sur cette perception, et ses conséquences notamment européennes, v. M.-A. Frison-Roche, « Devoir de vigilance : progresser », in A. Brès & C. Maubernard (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises : l'âge de la maturité ?*, Bruylant, coll. Droit & Économie, 2024.

profondes (I). Cette confusion est aussi nourrie par les incertitudes autour de ce qui a fait naître le Droit de la Compliance, non pas le souci d'efficacité des règles, souci qui existe depuis que les règles existent, mais deux catastrophes, l'une aux États-Unis et l'autre en Europe, de nature différente, expliquant la différence entre les deux Droits de la Compliance (II). On en observe le contrecoup dans les rapports entre Concurrence et Compliance. Souvent, l'on présente la Compliance comme un mécanisme de « conformité » qui rend le système concurrentiel plus efficace et permet aux entreprises de n'être plus sanctionnées puisqu'elles suivent les règles¹⁷ (III). Mais le Droit de la Compliance est né : il n'est pas ce qui rend efficace une branche du Droit, le Droit de la Concurrence pas plus qu'une autre : il faut concevoir les rapports de ces deux branches autonomes et les articuler¹⁸ (IV).

I. Récuser une définition d'où si peu germe : ne pas se contenter d'une définition de la « conformité » comme la voie d'efficacité des règles

5. Le Droit de la Compliance n'est pas une « conformité » que les entreprises doivent avoir vis-à-vis de toutes les réglementations qui leur sont applicables. – L'on confond encore souvent la « conformité » et le Droit de la Compliance¹⁹. Se « conformer » renvoie à l'idée générale selon laquelle chaque sujet de Droit doit obéir aux règles juridiques. Qu'on en soit content, ce qui renvoie à la conjecture rousseauiste de « l'amour de la loi »²⁰, ou qu'on ne le soit pas, ce qui renvoie le sujet de Droit à son statut d'assujéti, y compris lorsqu'il contracte, chacun doit se conformer au Droit et à ses engagements juridiques, sauf à en répondre devant les tribunaux.

Cela n'est pas propre à une branche du Droit, car toute règle de Droit a été adoptée pour être appliquée. Cela est la marque du système juridique et de tout instrument juridique, qui est fait pour être effectivement appliqué. Ainsi, ceux qui attachent de l'importance aux règles juridiques qui visent à assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés²¹ affirment que ce qui assure le respect effectif du Droit de la concurrence, hors de toute sanction de celles-ci, s'appelle donc le « Droit de la conformité ». Mais c'est une définition à la fois trop faible, car c'est bien peu demander que de respecter le Droit puisque c'est déjà par nature ce que la Loi demande, et trop vague, car c'est ce qui est déjà demandé pour toutes les règles de Droit. Et que diront par exemple les spécialistes du

17. M.-A. Frison-Roche, « Droit de la concurrence et droit de la compliance », *Concurrences*, n° 4, nov. 2018, art. n° 88053.

18. *Ibid.*

19. M.-A. Frison-Roche, « Compliance et conformité : les distinguer pour les articuler », *D.* 2024, chron., p. 497-499.

20. M.-A. Frison-Roche, « L'amour intéressé des lois. À propos des lois de droit économique », in *L'amour des lois*, 28 avril 1995, Montréal, Canada.

21. La question de savoir si le marché est d'abord une construction juridique ou une construction économique relevant de la poule et l'œuf. Par inclination, les économistes y voient un phénomène économique, adossé à de la réglementation et à des institutions, tandis que les juristes y voient une construction juridique permettant des échanges sécurisés et prévisibles. Dans ce dernier sens, minoritaire puisque la voix des juristes a souvent du mal à porter, voir par ex., F. Zénati, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », in *Archives de philosophie du Droit (APD), Droit et économie*, t. 37, Sirey, 1992, p. 121-129 ; M. Torre-Schaub, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 363, 2002, 416 p. La thèse de Louis Vogel a précisément montré la dimension essentiellement juridique du contrôle des concentrations : L. Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique. Étude comparative*, préf. B. Goldman, *Economica*, coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, série Études et Recherches, 1988, 427 p.

Droit des biens ou du Droit de la famille ? que les règles qui constituent ces branches-là ne méritent pas d'être appliquées effectivement ?

6. La Compliance n'est pas qu'une efficacité accrue de la réglementation. – Les Autorités de concurrence estiment que les règles dont elles ont la charge sont si importantes et si précieuses qu'on doit tout mettre de leur côté pour qu'elles soient le plus possible appliquées. L'idéal est qu'il ne faut pas attendre le manquement pour que ces règles règnent : l'utilisation du terme pénal d'« infraction » illustrant bien l'opinion que l'on a de la gravité du non-respect du Droit de la concurrence, alors que ce vocable devrait être réservé au Droit pénal. Le Droit de la concurrence serait si précieux et exceptionnel qu'il ne saurait souffrir d'attendre ce détour qu'est la violation puis la restauration de la règle opérée par la sanction, l'amende restaurant la légalité. Mais les offices des brevets, les municipalités dans leur fonction d'urbanisme, voire les contractants qui estiment qu'une obligation doit être exécutée plutôt que leurs violations sanctionnées *Ex Post* veulent raisonner ainsi.

7. Le Droit de la Compliance comme branche du Droit autonome : où en sont les genèses ? – Sauf à n'être que cette voie d'exécution qui passerait de l'*Ex Post* à l'*Ex Ante* pour plus encore d'efficacité, le Droit de la Compliance n'a pas alors de raison particulière d'arrêter son arrimage à telle ou telle branche du Droit. Mais si l'on soutient que le Droit de la Compliance constitue une branche du Droit autonome, notamment autonome du Droit de la Concurrence, quitte à entretenir ensuite dans un second temps des relations avec celui-ci, alors il faut rechercher comment le Droit de la Compliance est né, quelles en sont les naissances, puisqu'il n'est pas né du Droit de la Concurrence. Et s'il en est ainsi, cela rend nécessairement difficile son rapport avec le Droit de la concurrence, car il cesse d'aller de soit.

II. Éclaircir l'énigme des naissances du Droit de la Compliance

8. Une première naissance du Droit de la Compliance – le fait : la crise de 1929 aux États-Unis ; la conséquence : « plus jamais un effondrement systémique ». – Le Droit de la Compliance est tout d'abord né aux États-Unis, du fait de la crise de 1929²². Celle-ci a fait s'effondrer le système bancaire et financier, puis économique, puis social, amenant le pays dans une situation proche de la guerre civile. L'origine ayant été des comportements internes à des entreprises agissant sur les marchés boursiers, et parce que Roosevelt affirmait prendre une loi de niveau fédéral pour qu'une telle catastrophe ne se renouvelle pas, la *Securities and Exchange Commission (SEC)* fut instaurée. Le Droit de la Compliance était né, plongeant dans les entreprises, contrôlant les comportements, contrôlant *Ex Ante* les risques, prenant le niveau géographique le plus étendu possible, tandis que la régulation bancaire resta étatique. C'est donc l'expérience de la crise systémique qui fit naître le Droit américain de la compliance et sa réponse : « plus jamais ça »²³.

22. M.-A. Frison-Roche, « Les Buts Monumentaux, cœur battant du Droit de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance, Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2022, p. 21-44.

23. Pour plus de développements, M.-A. Frison-Roche, « Compliance : avant, maintenant, après », in N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2018, p. 23-36.

9. Une seconde naissance du Droit de la Compliance – le fait : les fichiers nominatifs en Europe ; la conséquence : « plus jamais des individus broyés ». – En Europe, la source du Droit de la Compliance est tout à fait différente²⁴. Les peuples qui la composent ont gardé mémoire des fichiers qui à partir de renseignements sur la religion et la race ont précipité des millions de personnes vers une mort systématique, catastrophe que nul n'aurait imaginée. En 1978, en Allemagne comme en France, des lois furent prises pour réguler la nouvelle puissance que l'Informatique donnait aux États de constituer des fichiers pouvant porter atteinte aux libertés, en rassemblant ce que l'on appela par la suite des « données personnelles ». Le RGPD de 2016 généralisa cela, mais le Législateur français s'attachait à conserver toujours le titre d'*Informatique et libertés*, pour garder trace de cette naissance, le règlement n'y étant qu'intégré.

10. Le Droit de la Compliance, exemple de la profondeur mémorielle des systèmes juridiques. – On mesure ainsi ce que le Droit de la Compliance, suivant qu'il est américain ou européen, a de commun : être en *Ex Ante* pour prévenir des catastrophes systémiques, faire en sorte qu'elles n'adviennent pas. Mais parce que les systèmes juridiques ne sont pas des mécaniques réglementaires vides, ils conservent « l'esprit des peuples » pour reprendre la formule de Savigny. Ainsi, le Droit actuel de la Compliance aux États-Unis continue de viser à préserver les systèmes d'une possible défaillance, ce qui explique par exemple que depuis l'origine la banque centrale y intervienne plus directement, mais que le sort des individus, éventuellement broyés, n'y soit pas un souci direct, notamment pas dans la compliance numérique. Tandis que le Droit européen de la Compliance demeure un droit humaniste²⁵, visant à préserver les êtres humains. C'est particulièrement marqué pour les règles de Compliance dans l'espace numérique ou dans les chaînes de valeur, à propos desquelles la directive *Corporate Sustainability Due Diligence* (CS3D) vise à rendre effectifs les droits humains²⁶ et développe pour cela des droits subjectifs médias, comme l'action en justice²⁷.

11. La force commune du Droit de la Compliance : sa dimension systémique ; la dimension proprement européenne : son humanisme. – Il est donc essentiel de mesurer à la fois ce qui est commun et ce qui est différent, y compris dans des textes qui paraissent pourtant être ce que l'on a souvent appelé du « traduit-collé », notamment en matière de lutte contre la corruption. En effet, la corruption doit être « prévenue et détectée » (et non pas seulement sanctionnée), non seulement parce qu'elle abîme l'économie (conception américaine), mais encore parce qu'elle abîme la jeune population, ce qui va justifier une attention plus particulière pour les jeunes, notamment à travers l'éducation (conception européenne). Le Droit occidental, qui réunit l'Europe et les États-Unis, repose sur l'idée que la personne est libre d'agir et de choisir les moyens de son action, que son action n'est pas réductible à un acte d'obéissance²⁸. Le Droit chinois s'en tiendra à l'obéissance, car il s'agit que chacun se conforme à ce qui est attendu de lui pour la réalisation d'un grand plan.

24. M.-A. Frison-Roche, « Les Buts Monumentaux, cœur battant du Droit de la Compliance », préc.

25. M.-A. Frison-Roche, « Un Droit substantiel de la Compliance, appuyé sur la tradition européenne humaniste », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2019, p. 13-35.

26. M.-A. Frison-Roche, « Devoir de vigilance : progresser », préc.

27. M.-A. Frison-Roche, « Les droits subjectifs, outils premiers et naturels du Droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2021, p. 301-323.

28. Voir *supra* sur le contresens qui consiste à confondre la Compliance et l'obéissance, n° 5.

12. Les conséquences pratiques de la multiplicité des Naissances du Droit de la Compliance. – Les conséquences pratiques de ce qui est divers et de ce qui est commun dans les naissances du Droit de la Compliance sont considérables. En effet, parce que les États-Unis ont fait naître le Droit de la Compliance d'un souci systémique majeur et veulent exclure un nouvel effondrement, tout sera mobilisé en *Ex Ante* pour éviter cela, l'individu étant agent de cela et n'étant que le bénéficiaire indirect de cela. Ainsi, sa vie privée pourra être éventuellement malmenée pour collecter l'information requise pour préserver l'avenir du système. Mais l'Europe, qui a confié aux entreprises systémiques le soin premier de préserver les individus contre la puissance, notamment informationnelle, des systèmes, n'opérera pas cette hiérarchie. Cela explique aussi l'affrontement à travers le cas *Schrems*²⁹. La façon dont on encadre la collecte des données, d'une part, la puissance algorithmique d'autre part, l'illustre également. « Trop de précaution frileuse et pas de goût pour l'innovation » disent les entrepreneurs, disent les uns ; « de mauvais souvenirs systémiques », soupirent les autres. Par ailleurs, la conception chinoise de la conformité, toute faite d'obéissance et d'anticipation, n'a en rien en considération cela³⁰.

C'est là où l'on retrouve le Droit de la Concurrence, dans la conception duquel Louis Vogel a une influence majeure. En effet, le Droit de la Concurrence se soucie avant tout de liberté et de prise de risque, quitte à réparer par la suite, et le marché et les dommages subis par les personnes.

III. Droit de la concurrence : naissance du Droit de la Compliance comme branche secondaire, gage de conformité à la réglementation concurrentielle

13. L'accueil par la nature systémique du Droit de la Concurrence. – Depuis que le Droit de la Concurrence n'est plus que civil mais prend pour base et comme objet le « marché », qu'il vise à le construire, comme dans le projet de l'Union européenne, ou à le garder, comme dans le Droit français ou américain – le marché étant un système, que la science économique présente parfois comme « autorégulé » –, le Droit du marché concurrentiel est lui-même une branche systémique. Ainsi, l'objet du Droit de la Concurrence est d'assurer le libre fonctionnement du marché concurrentiel : si le libre fonctionnement est entravé, l'Autorité de concurrence intervient, y compris par autosaisine, puisque le Droit de la concurrence en est contrarié. Il y a une idée de « tolérance zéro », alors que le Droit commun admet plus volontiers que les contrats ne soient pas tous exécutés, les dommages ne soient pas réparés, les devoirs ne soient pas faits. La sagesse du Droit civil, qui tolère cette part d'irrespect, qui y invite presque, n'a pas cours pour un Droit qui garde un système. Si la règle *De minimis* s'applique, c'est par rationalité économique, car le marché n'est pas suffisamment affecté et que la poursuite serait trop onéreuse, et non pas par la bonhomie civiliste³¹.

29. CJUE, Grande chambre, 6 oct. 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems c/Data Protection Commissioner* (Schrems I) ; CJUE, Grande chambre, 16 juill. 2020, C-311/18, *Maximilian Schrems c/Data Protection Commissioner* (Schrems II).

30. M.-A. Frison-Roche, « La nouvelle loi de protection des données en Chine est un "anti-RGPD" », entretien avec Olivia Dufour, *Actu-Juridique*, 2 sept. 2021 ; l'on connaît le même décalage pratique entre le Droit chinois et le Droit occidental dans le Droit de la concurrence, même lorsque le premier recopie la lettre du second.

31. J. Carbonnier, « *De minimis...* », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 29-37 ; repris in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 74-83.

14. L'accueil par le passage du Droit de la Concurrence de l'*Ex Post* à l'*Ex Ante* : l'internalisation dans les opérateurs de la fonction de mise en œuvre. – Mais si l'on vise à l'efficacité de la construction ou de la garde des marchés concurrentiels à travers les comportements adéquats des opérateurs, plus ceux-ci sont puissants, plus il est tentant de s'appuyer sur cette puissance, non plus pour la contrer, mais pour s'appuyer sur celle-ci et s'allier avec elle afin de renforcer le fonctionnement concurrentiel du système. On en trouve deux exemples particulièrement probants. En premier lieu, à l'occasion des concentrations et désormais des procédures de sanction de comportements anticoncurrentiels, les entreprises prennent des « engagements » pour l'avenir. Ceux-ci ressemblent de plus en plus aux « programmes de compliance » que l'on trouve dans la mise en œuvre du devoir de vigilance ou de lutte contre la corruption. En second lieu, le *Digital Markets Act* (DMA)³² vise à confier aux opérateurs systémiques l'obligation de veiller à l'effectivité en *Ex Ante* des accès, des opérabilités, etc., des marchés numériques, de sorte que par cette diligence *Ex Ante* ceux-ci continuent d'être gouvernés par le Droit de la Concurrence.

Mais le rôle des Autorités de concurrence change : comme le font des Autorités de régulation, elles contrôleront *Ex Post* que cette fonction active aura bien été assurée en *Ex Ante* par les opérateurs cruciaux. Il ne s'agit plus d'un *Ex Post* conséquence de la liberté d'entreprise, mais d'un *Ex Post* conséquence d'une mission particulière conférée à certains et pouvant, comme en Droit de la Régulation, donner lieu à contrôle et contestation. Le rôle des Autorités de concurrence en sera transformé³³.

15. « *Compliance matters* » : la conformité, simple accroissement de l'efficacité de la réglementation concurrentielle. – L'idée est bien que les Autorités de concurrence estiment que les règles dont elles ont la charge sont si importantes et si précieuses qu'on doit tout mettre de leur côté pour qu'elles soient le plus possible appliquées. L'idée est qu'il ne faut pas attendre le manquement, l'utilisation du terme pénal d'« infraction » illustrant bien l'opinion que l'on a de la gravité du non-respect du Droit de la concurrence, alors que ce vocable devrait être réservé au Droit pénal. Il ne faudrait pas attendre le manquement en raison même de l'importance des règles du marché concurrentiel, qui ne devraient pas attendre d'être méconnues pour être respectées par le biais de la sanction. Pour éviter ce détour qui pendant un temps a laissé l'illégalité perdurer, pour ne pas souffrir le chiffre noir de l'illégalité inconnue, pour que jamais le marbre de la Loi concurrentielle ne soit égratigné, il faudrait donc que jamais l'infraction n'ait lieu : pour cela, les

32. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques) (en anglais *Digital Markets Act*) ; J.-Ch. Roda, « Le *Digital Markets Act* (1^{re} partie). Contrôler les contrôleurs d'accès », *Communication – Commerce électronique*, n° 2, févr. 2023, étude 4 ; « Le *Digital Markets Act* (2^e partie). Contraindre les contrôleurs d'accès », *Communication – Commerce électronique*, n° 3, mars 2023, étude 6 ; J.-L. Fourgoux, « Le DMA, nouveau droit ou renouveau des droits de la concurrence », *CCC*, n° 3, mars 2023, étude 5 ; P. Akman, « Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act », (2022) 47 *European Law Review* 85 ; N. Moreno Bellosio et N. Petit, « The EU Digital Markets Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove », (2023) 48 *European Law Review* 391 ; Fr. Berrod, « Introduction au DMA : un esprit pionnier de la régulation des plateformes numériques », *Daloz IP/IT*, 2023, p. 266-271.

33. Sur le DMA, sur le numérique et le droit de la concurrence, sur les décisions des autorités de concurrence et la CJUE, v. J.-Ch. Roda, « Le *Digital Markets Act* (1^{re} partie). Contrôler les contrôleurs d'accès », préc. ; « Le *Digital Markets Act* (2^e partie). Contraindre les contrôleurs d'accès », préc. ; « Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique », *Communication – Commerce électronique*, n° 10, oct. 2021, chron. « Un an de... » n° 11 ; « Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique », *Communication – Commerce électronique*, n° 10, oct. 2022, chron. « Un an de... » n° 12 ; « Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique », *Communication – Commerce électronique*, n° 12, déc. 2023, chron. « Un an de... » n° 15.

voies d'exécution devraient passer de l'*Ex Post* vers l'*Ex Ante* et être insérées dans les opérateurs économiques eux-mêmes.

C'est bien ainsi que dès le départ, lors des communications de l'Autorité de la concurrence (ADLC) de 2012³⁴, puis de la Commission européenne, *Compliance matters*³⁵, et du Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité de l'ADLC³⁶, la Compliance fut présentée comme ce qui rend plus efficace le Droit de la concurrence. Pour cela, ce sont les entreprises qui prennent en charge les règles de bon fonctionnement, les internalisent, les promeuvent, l'Autorité venant en appui de l'action des entreprises dans ce déploiement d'une « culture de concurrence », notamment par des « programmes de conformité », y compris par la surveillance des autres, leur dénonciation et leur sanction³⁷. Le terme de « conformité » est ici adéquat, puisqu'il ne s'agit pour les entreprises que de montrer qu'elles obéissent au Droit de la concurrence, aidées par l'Autorité, tandis qu'elles l'aident également.

Dans cette conception, la compliance n'est spécifique que par le volontarisme, facilitée par l'existence d'une autorité administrative indépendante et d'une politique portée par la Commission européenne, dont on connaît la puissance. En effet, pour reprendre ce bon titre, *Compliance matters*, cela renvoie en réalité à « *Competition Law matters* ». L'on pourrait dire « *Efficient Law matters* » ou « *What I like matters* »...

La communication de 2012, comme le document-cadre de 2022 le disent explicitement : les « programmes de conformité » adoptés par les entreprises, propageant la « culture de concurrence » dans l'entreprise et au-delà d'elle, contribuent au système concurrentiel, sans l'accident de parcours que constitue la sanction. Ainsi, il est souligné à plusieurs reprises que l'entreprise « gère son risque de sanction », puisque l'infraction n'est pas commise. Le terme de « conformité » est ici adéquat, puisque les entreprises ne font que montrer qu'elles obéissent au Droit de la concurrence, aidées par l'Autorité.

Mais si la compliance n'était donc que cela, n'était donc que de la conformité, par laquelle l'entreprise prend à sa charge la mise en œuvre des réglementations dont l'administration est classiquement en charge, prend à sa charge l'éducation aux règles, dont l'Éducation nationale et l'Université sont classiquement en charge – transfert de charges mais aussi de pouvoirs –, l'on ne comprend pas pourquoi cela serait spécifique au Droit de la concurrence. S'il en est ainsi, toutes les autorités vont soutenir que le Droit de la Compliance est ce qui rend effectif ce dont elles sont chargées, tous les législateurs également, tous ceux qui trouvent des vertus aux règles et à leur effectivité vont reprendre le raisonnement. Cela ne peut être que cela.

16. Les conséquences pratiques dans l'apprentissage du Droit de la Compliance, conçu comme un nouveau mode d'effectivité du Droit de la Concurrence, cela mais pas plus que cela. – En premier lieu et sur la forme, les entreprises sont contraintes de se transformer en Universités. C'est déjà en cours. Parce qu'elles doivent

34. Autorité de la concurrence (ADLC), *Document-cadre du 10 févr. 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*.

35. Commission européenne, Direction générale de la concurrence, *Le respect des règles, ça compte ! Ce que les entreprises peuvent améliorer pour respecter les règles de l'UE en matière de concurrence*, 2012, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/61460>.

36. Autorité de la concurrence (ADLC), *Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*.

37. M.-A. Frison-Roche, « Programme de conformité (Compliance) », in E. Combe & M. Chagny (dir.), *Dictionnaire de droit de la concurrence*, 2^e éd., 2021, M.-A. Frison-Roche & A. Nicolle, « Programme de conformité (Compliance) », 2025.

éduquer toutes les personnes dont elles doivent répondre, à commencer par elles-mêmes, leur apprendre la réglementation concurrentielle, élaborer et faire pénétrer une culture de concurrence, les voilà structures d'enseignement³⁸. En second lieu et sur le fond, comme il ne s'agit que de prolonger le Droit de la Concurrence, en l'ouvrant vers d'autres « outils », comme la cartographie des risques, les audits, les enquêtes internes³⁹, et les règles du Droit de la concurrence lui-même, il s'agit d'enrichir le Droit de la Concurrence, pas d'ouvrir sur une branche du Droit qui lui serait extérieure.

17. La conséquence dans le système juridique : autant de petits droits de la compliance qu'il y a de branches du Droit ainsi prolongées. – Il en résulte un effet dommageable sur l'ensemble du système juridique. Plutôt que de constater nettement une branche du Droit, l'on observe sur chaque branche du Droit qui existe une petite spécialité qui s'y greffe, qui « compliance concurrentielle », qui « compliance énergétique », qui « compliance environnementale », qui « compliance données personnelles », qui « compliance vigilance », qui « compliance droits humains », qui « compliance sociale », etc. Chacune est conçue, et enseignée, selon la construction précédemment décrite, sans connaître la petite compliance d'à côté. Il sera donc difficile qu'il puisse en naître cette unité dont la pratique a besoin.

18. La conséquence dans le système juridique : le Droit de la Compliance général sera donc issu des juridictions. – Il est donc paradoxal, mais probable, que la jurisprudence, saisie de cas qui pourtant ne visent que des situations particulières, seront en réalité plus amples, impliquant des questions générales du Droit de la Compliance, comme l'intérêt ou la qualité à agir des parties prenantes lorsque les entreprises prenant en charge la mise en œuvre des réglementations agissent sur leurs partenaires contractants. Un contentieux spécifique est en train d'en naître : le « contentieux systémique »⁴⁰, portant sur des « causes systémiques »⁴¹, portées devant les juridictions du fond, dans lesquelles des questions de concurrence se posent. Le Droit de la Compliance y apparaît comme branche substantielle du Droit. Le Droit de la Concurrence gagne aussi à ce que le Droit de la Compliance ne soit pas conçu que comme une conformité qui le sert.

IV. Droit de la Concurrence et Droit de la Compliance comme deux branches autonomes et articulées

19. Risque d'excès inverse : monter le Droit de la Concurrence et le Droit de la Compliance l'un contre l'autre. – Pour tendre vers la concrétisation des Buts Monumentaux⁴², le Droit de la Compliance fournit aux entreprises des instruments

38. M.-A. Frison-Roche, « La formation : contenu et contenant de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, op. cit., p. 227-244.

39. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. Régulations & Compliance, 2021, 323 p.

40. Sur le « Contentieux Systémique », M.-A. Frison-Roche, « L'émergence du Contentieux Systémique », in *Importance et spécificité du Contentieux Systémique Émergent*, in cycle de conférences-débats « Contentieux Systémique Émergent », organisé à l'initiative de la cour d'appel de Paris, avec la Cour de cassation, la cour d'appel de Versailles, l'École nationale de la magistrature (ENM) et l'École de formation des barreaux du ressort de la cour d'appel de Paris (EFB), sous la responsabilité scientifique de Marie-Anne Frison-Roche, Paris, 29 mars 2024, <https://www.mafr.fr/fr/article/lemergence-du-contentieux-systemique-in-importance/>.

41. M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des "causes systémiques" portées devant le juge », 2021, <https://www.mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>.

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

dont il exige parfois l'usage : cela produit des « actions collectives » et des ordres que l'entreprise donne à d'autres. Cela est particulièrement net dans le devoir de vigilance, où « l'entreprise donneuse d'ordre », par nature en position dominante, à tout le moins relative, est obligée d'obtenir des informations et des comportements pour satisfaire elle-même son obligation légale. Mais les autorités de concurrence peuvent y voir ententes, abus de position dominante et pratiques restrictives. Il n'est pas exclu que les Autorités perçoivent le Droit de la Compliance, à travers ses outils, sa conception et son existence même, sa substance donc, non pas comme ce qui sert le Droit de la Concurrence, mais comme ce qui le contre. Cela aussi engendrera des contentieux systémiques. En effet, un des enjeux pratiques de ceux-ci se présente lorsque le juge devra articuler plusieurs systèmes entre eux⁴³.

20. Nouvelle construction de l'Europe sur l'articulation entre les Droits de la Concurrence et de la Compliance. – Louis Vogel, à juste titre, n'a pas dissocié le Droit de la Concurrence du projet européen⁴⁴. En 1950, le projet européen était la création de libre circulation pour que jamais la guerre ne revienne et que la puissance engendrée par cet espace protège ceux qui y vivent. Aujourd'hui, s'y ajoutent d'autres soucis, intégrant les effets des marchés financiers face auxquels l'industrie, c'est-à-dire les entreprises et les matières premières, et la nature, doivent avoir place. La préservation des êtres humains et de la planète constitue les Buts Monumentaux, normes juridiques sur lesquelles la branche substantielle du Droit de la Compliance est construite. Louis Vogel, à juste titre, a associé le Droit de la concurrence dans l'intimité de la construction européenne. Aujourd'hui le Droit de la Compliance, impliquant souvent des autorités de supervision spécifiques, comme en matière bancaire, y a la même place, en tant qu'il place la durabilité du système et le souci de l'humain, dont la garde de certains secrets, en équilibre avec les principes concurrentiels. Ils constituent les deux piliers autonomes et articulés de l'Europe.

43. *Ibid.*

44. L. Vogel, *Droit européen des affaires*, 2^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, 1041 p.