

Le rôle du juge dans le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance

Mesdames et Messieurs les présidents,
Chers collègues,
Chers maîtres,
Mesdames, Messieurs,

C'est à la fois un honneur et un plaisir d'opérer la synthèse des travaux élaborés par le Conseil d'État en commun avec la Cour de cassation sur ce thème qui m'est si cher : le droit de la compliance. Cette branche du droit, nous en avons vu la naissance en prolongement du droit de la régulation, nous la regardons ensemble grandir, nous en dégageons ici la place qui revient au juge : au centre²⁶⁹.

La « compliance » est certes un terme d'origine anglaise, fait que l'on rappelle souvent comme valant grief, qui impliquerait d'élaborer un mot « français », en suggérant de se référer à la « conformité ». L'on fit de même il y a vingt ans pour le droit de la « régulation », que l'on voulait alors rectifier pour lui préférer le terme que l'on croyait plus correct de « réglementation »²⁷⁰. Pareillement, dans peu d'années l'on ne confondra plus la « conformité », qui consiste pour l'entreprise à donner à voir qu'elle obéit à toutes les réglementations qui lui sont applicables (tâche impossible), et la « compliance », que l'on peut d'ailleurs prononcer à la française comme le propose Alain Seban²⁷¹ : la *compliance* demande aux entreprises, aux parties prenantes et à chacun d'entre nous de participer à la réalisation de buts monumentaux²⁷², lesquels définissent cette branche du droit²⁷³, comme l'ont notamment souligné Didier-Roland Tabuteau et Christophe Soulard²⁷⁴.

1. Une querelle de mots, masquant parfois la définition humaniste de la compliance et son ambition de modeler l'avenir

Via cette dispute entre le français et l'anglais, c'est souvent à ce qui serait une guerre des systèmes que l'on renvoie. Mais ceux qui pratiquent le droit britannique et le droit américain savent à quel point les Anglais utilisent les notions juridiques latines. En droit économique, nous savons aussi ce que nous devons au droit classique et l'ancrage du droit de la compliance demeure dans celui-ci. Le droit de la compliance n'efface pas notre système juridique : il le déploie au contraire avec une nouvelle force puisqu'il en accroît ce qui est la *ratio decidendi* du droit occidental : conserver, voire promouvoir, la personne au cœur des systèmes, qu'ils soient naturels, technologiques, économiques ou sociaux. Le RGPD ou les lois dites

269 M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2023, 500 p.

270 M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., pp. 610-616.

271 A. Seban, *in* cet ouvrage.

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

273 M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *D.* 2016, chron., pp. 1871-1874.

274 D.-R. Tabuteau, *in* cet ouvrage ; Ch. Soulard, *in* cet ouvrage.

Séance de clôture

Marie-Anne Frison-Roche

Professeure d'université, directrice du *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)*

Professeure d'université, agrégée des facultés de droit en droit privé et sciences criminelles, licenciée en philosophie, titulaire d'un DEA de droit privé et d'un DEA de procédure, Marie-Anne Frison-Roche a été successivement maître de conférences à l'université Panthéon Assas (1989-1991), professeure à l'université d'Angers (1991-1994), où elle a co-fondé le DESS de droit des affaires, et à l'université Paris-Dauphine PSL (1994-2001) où elle a été directrice de l'Institut de droit économique, fiscal et social, co-fondatrice et directrice du DESS de droit des affaires. Devenue professeure à Sciences Po (Paris), elle y a fondé et dirigé le master de droit économique (2002-2009), fondé et dirigé le *forum* de la régulation, fondé et dirigé la chaire Régulation (2002-2009). Elle est par ailleurs directrice de collections qu'elle a fondées aux éditions Dalloz depuis 1993, aux éditions LGDJ depuis 2000, et aux Presses universitaires de France - PUF (1993-2002). Elle a fondé et dirigé le *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* depuis 2009. Ayant fondé une maison d'édition, elle co-édite avec Dalloz la collection en langue française « Régulations & Compliance » et avec Bruylant la collection en langue anglaise « *Compliance & Regulations* ». Elle est membre du comité d'experts sur la lutte contre la désinformation en ligne au Conseil supérieur de l'audiovisuel (aujourd'hui Arcom) depuis 2019. En 2023, elle a fondé l'Ecole européenne de la Compliance et de la Régulation. Marie-Anne Frison-Roche a écrit de nombreux livres et articles, et dirigé une soixantaine d'ouvrages. Elle a organisé une cinquantaine de manifestations, dont une quinzaine de dimension internationale. Son terrain d'expertise est le droit de la régulation et de la compliance qu'elle promeut nationalement et internationalement. Parmi ses ouvrages récents sur la compliance, l'on peut citer : en 2022, *Les buts monumentaux de la compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en 2023, *La juridictionnalisation de la compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en 2024, *Compliance et droits de la défense* (éd. JoRC et Dalloz), et *L'obligation de compliance* (éd. JoRC et Dalloz) ; en langue anglaise, en 2023, *Compliance Monumental Goals* (éd. JoRC et Bruylant) et, en 2024, *Compliance Jurisdictionalisation* (éd. JoRC et Bruylant). Ces ouvrages sont alimentés par ses nombreux travaux.

« Sapin 2 » et « Vigilance » l'illustrent. La compliance n'est pas l'obéissance aveugle aux réglementations, ce à quoi renvoie la seule conformité : elle est la substance de cette ambition d'un avenir où la personne demeure la bénéficiaire des systèmes, en écartant par avance le risque qu'elle en devienne l'esclave. La construction de l'avenir est déjà l'objet du droit de la régulation, droit *ex ante*, nature que le droit de la compliance prolonge et démultiplie.

C'est en demeurant ancrés dans cet héritage du droit occidental, loin d'une conformité mécanique, que les juristes, qu'ils soient dans l'entreprise, conseil de celle-ci ou dans les prétoires, vont pouvoir exprimer cette nouveauté que constitue le *droit de la compliance*. En dépassant la première réticence et inquiétude devant un tel changement, comme y invitent Christophe Soulard²⁷⁵ et François Molinié²⁷⁶. Il faut accueillir cette nouveauté de la compliance avec enthousiasme car elle est impliquée par la nouveauté du monde lui-même. Face à celui-ci, émerge cette nouvelle branche du droit (I). Le juge y joue un rôle central (II).

I. - L'ÉMERGENCE DU DROIT DE LA COMPLIANCE, NOUVELLE BRANCHE SUBSTANTIELLE DU DROIT

2. La compliance, nouvelle branche du droit pour rendre compte d'un monde nouveau, permettant de le maîtriser

L'on soutient pourtant souvent que les branches traditionnelles du droit ont été comme brisées par le monde qui vient, empli de risques systémiques et de technologies terrifiantes. Mais cet environnement inconnu voit aussi naître des ambitions collectives d'un nouveau genre, comme le souci des animaux et la volonté d'une égalité effective entre humains. Les branches en sont vivifiées et leurs forces sont amplifiées par ce droit de la compliance qui déploie une logique de régulation sans plus être bridée par la condition préalable de secteurs.

Ainsi, Roch-Olivier Maistre raconte avoir vécu dix lois de régulation en cinq ans et se réjouit d'une régulation du numérique devenue possible par la compliance²⁷⁷. Il cite notamment le *Digital Services Act* (DSA) qui requiert des entreprises et de nous-mêmes de nouveaux comportements, une nouvelle culture, avant tout le respect d'autrui et de la vérité. L'unité de ce grand mouvement a été démontrée par Daniel Calleja y Crespo, montrant la cohérence entre le DSA, la CSRD et la CS3D²⁷⁸. Le régulateur devient alors superviseur *ex ante* des entreprises cruciales qui structurent et tiennent les espaces, par exemple le numérique ou les chaînes de valeur.

Jean-François Bohnert restitue ce même mouvement de l'*ex post* vers l'*ex ante* dans le droit pénal désormais pénétré par la compliance. Tandis qu'Astrid Mignon-Colombet constate que le juge pénal s'efface²⁷⁹ au profit du procureur, de nouveaux outils se développent, comme la CJIP, par lesquels l'État imprime sa marque

275 Ch. Soulard, *in* cet ouvrage.

276 Fr. Molinié, *in* cet ouvrage.

277 R.-O. Maistre, *in* cet ouvrage.

278 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

279 A. Mignon-Colombet, *in* cet ouvrage.

souveraine, n'intégrant des mécanismes négociés que pour mieux servir l'intérêt général²⁸⁰.

Il est remarquable que chaque contributeur se soit ainsi appuyé non pas sur les « réglementations » mais sur des réalités factuelles, notamment les risques, face auxquels est directement dressée l'ambition de ne pas défaillir (ambition négative) et l'ambition de progresser (ambition positive), ambition servie par la puissance des entreprises. Jean-Yves Ollier montre que cette logique était déjà pleinement celle de la régulation, notamment pour assurer la sécurité des systèmes, par exemple sanitaire ou des transports²⁸¹.

En effet, une branche nouvelle du droit n'émerge que de ce qui est déjà en partie écrit, le droit ne connaissant pas de feuille blanche : au-delà des secteurs régulés, c'est la logique du droit de la régulation qui se répand aujourd'hui.

Parce que la régulation s'ancre dans l'entreprise, laquelle se déploie au-delà, voire dans l'indifférence des frontières, le terme naguère adopté d'« extraterritorialité » devrait faire place à celui d'« a-territorialité », l'entreprise devant répondre directement au juge, comme le souligne Paul Nihoul²⁸².

3. La compliance, un « vrai droit » qui enthousiasme les jeunes

De telles transformations peuvent susciter critiques et désarrois, notamment une impression de confusion et de prise de pouvoir par les entreprises qui ne verraient dans la compliance que de l'autorégulation sans contrôle démocratique, comme l'exprime Joëlle Tolédano²⁸³, laquelle recherche avant tout un régulateur administratif.

Tournons-nous aussi vers ceux qui ont à peine fini leurs études et décident par exemple de devenir magistrat ou avocat ; qu'en pensent-ils ?

Dans les cabinets d'avocats, l'on me dit qu'à l'occasion des entretiens d'embauche les étudiants disent vouloir en grand nombre pratiquer le droit de la compliance. Pourtant, ils ne l'ont généralement pas étudié et ne pourraient sans doute pas techniquement en parler.

Leurs interlocuteurs, se référant sans doute à la conformité mécanique, leur indiquent qu'ils ont bien trop de diplômes pour juste « cocher des cases de conformité à la réglementation », ce que des algorithmes feront bientôt mieux qu'eux, qu'il faut plutôt maîtriser ce qui serait le « vrai droit ».

La jeune génération répond que la Compliance est non seulement du « vrai droit », mais encore un droit « vraiment humain », celui « par lequel le monde peut devenir meilleur ». C'est la perception qu'en ont aussi des candidats au concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature (ENM) et au concours d'entrée de l'Institut national du service public (INSP).

280 J.-Fr. Bohnert, *in* cet ouvrage.

281 J.-Y. Ollier, « Les obligations relatives à la compliance en droit européen : sources et illustrations en dehors du champ de la réglementation financière », *in* cet ouvrage.

282 P. Nihoul, *in* cet ouvrage.

283 J. Tolédano, *in* cet ouvrage.

pour raisonner ainsi dans le choix même du métier, ils ont en tête non pas la « conformité » à la réglementation mais bien cette nouvelle branche qui vise de nouveaux équilibres dans le système climatique, économique et social, équilibre à la construction duquel ils veulent pouvoir travailler.

4. Une définition de la compliance spontanément puisée dans ses buts monumentaux négatifs et positifs

À écouter ces nouveaux ou futurs juges et avocats, s'ils veulent pratiquer le droit de la compliance, c'est pour mieux saisir l'avenir, négativement pour que celui-ci ne soit pas catastrophique, renvoyant ainsi à la gestion des risques, mais aussi positivement, pour que la culture du respect de l'autre se diffuse dans l'entreprise et au-delà d'elle. Ces futurs professionnels n'en connaissent pas encore les techniques, mais ils en portent l'esprit, n'est-ce pas l'essentiel ? C'est un esprit de pionnier.

Ils accueilleront par exemple d'autant mieux la technique de médiation entre les entreprises et les parties prenantes, ces deux potentiels plaideurs. En même temps qu'ils se perfectionnent en droit public, international, financier, processuel, des relations du travail, environnemental, etc., d'eux-mêmes ils demandent l'ajout du droit de la compliance, droit téléologique bâti sur ce but politique d'un monde futur. Ce faisant, ils expriment les « buts monumentaux » dont François Ancel montre qu'ils guident le juge²⁸⁴, en conséquence de ces « buts monumentaux » qui sont le cœur normatif du droit de la compliance²⁸⁵.

Leur intuition met ainsi au centre l'ambition comme norme, les techniques de compliance (cartographie, plan, etc.), n'étant que les moyens. D'ailleurs, Daniel Calleja y Crespo a également utilisé ce terme d'« ambition » pour rappeler que la compliance a permis à l'Union européenne de se construire un « projet »²⁸⁶, projet dont François Molins montre la nouvelle illustration dans le parquet européen²⁸⁷. Un projet pour l'avenir, que Lucien Rapp préfère nommer « défi »²⁸⁸, relevé par la technique de la taxinomie. L'intendance doit alors suivre et c'est pourquoi l'entreprise est désignée comme le sujet de droit de la compliance : sa puissance est par principe approuvée notamment dans les chaînes de valeur, les incitations à l'accroître sont conçues par la loi. En contrepoint, les entreprises sont supervisées, alors même qu'elles n'appartiennent pas à un secteur régulé. Ainsi, par la compliance, la régulation s'est libérée de la condition préalable du secteur. L'établissement ou non en droit français d'une autorité administrative en matière de vigilance traduira un choix politique majeur.

284 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », *in* cet ouvrage.

285 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, *op. cit.*

286 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

287 Fr. Molins, *préc.*

288 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », *in* cet ouvrage.

5. La voie : la responsabilisation des entreprises cruciales

Pour concrétiser une telle ambition de construction de l'avenir, le droit de la compliance désigne les entités en position d'agir, c'est-à-dire les entreprises qui tiennent les structures. Le droit élabore des obligations de compliance ayant pour objectif non pas de punir pour des actes passés (conception classique de la responsabilité) mais de mettre en charge de l'avenir des entreprises puissantes : conception nouvelle de la responsabilisation.

Ainsi, la logique de la régulation à travers la compliance aboutissant à une responsabilisation des entreprises, même si leurs activités économiques ne sont pas réglementées, même s'il s'agit d'entreprises privées, imprègne alors les procès. Comme l'avait montré en droit processuel le professeur Nicolas Cayrol, les « procès de compliance » sont des procès en responsabilisation²⁸⁹.

6. La transfiguration du droit de la régulation en droit de la compliance

Le droit de la compliance repose ainsi essentiellement sur l'action des entreprises, internalisant l'ambition de régulation en celles-ci.

Notons qu'il y a eu un passage de relai entre le droit de la régulation, que l'on dit souvent administratif, et le droit de l'entreprise, que l'on dit souvent privé. Mais le droit de la compliance marque plus que tout autre la corrosion de cette distinction. En effet, ce sont bien les autorités publiques qui fixent les buts monumentaux, à partir desquels les outils de compliance sont organisés puis, notamment dans les contentieux, sont juridiquement interprétés, tandis que les entreprises sont libres dans la construction et le maniement de ces outils, notamment à travers des contrats. Le mécanisme de vigilance le montre fortement. Il y a ainsi de l'autorégulation dans l'élaboration des moyens et des décisions politiques dans la conception des fins.

Pour articuler l'ensemble la régulation se transforme en supervision des acteurs économiques²⁹⁰. En cela, le secteur bancaire, qui faisait figure d'exception lorsque l'idéal concurrentiel était le seul principe, devient le modèle d'organisation, comme le montre Marie-Anne Barbat-Layani²⁹¹. Ainsi, concurrence et compliance sont désormais les deux piliers d'une Europe libérale et humaniste.

7. La compliance, prolongement de la régulation hors secteur

L'on ne peut réduire la compliance à de l'autorégulation puisque les entreprises ne peuvent fixer librement les buts monumentaux à l'aune desquels elles élaborent les divers outils de compliance qu'elles mettent en place. Elles ne peuvent qu'y adhérer ou les accroître, par leur « raison d'être » ou leur RSE, mais pas s'y substituer. Elles doivent endurer la supervision des autorités administratives et le débat avec les parties prenantes, y compris devant le régulateur et le juge.

289 N. Cayrol, « Des principes processuels en droit de la compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2023, pp. 213-224.

290 M.-A. Frison-Roche (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, éd. Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », série « Régulations », Paris, 2017.

291 M.-A. Barbat-Layani, in cet ouvrage.

Par la compliance, la puissance, notamment technologique et informationnelle, mais aussi d'éducation, de l'entreprise, est dirigée, de force ou de gré, vers des buts que l'on disait classiquement d'intérêt général, en dehors d'un secteur et au-delà du territoire et du système juridique français. Le droit de la compliance est ainsi le premier droit global, le contrat étant son instrument naturel. Cela signifie que l'arbitrage international va bientôt lui faire place. Alors même qu'en raison de ces finalités structurantes, l'entreprise publique est devenue le parangon de l'entreprise dans le monde nouveau dans lequel nous voulons entrer, un monde durable où l'être humain est par principe respecté.

8. L'effectivité de la culture de compliance dans les entreprises

Ainsi guidées par le législateur et les autorités de supervision, voire par le juge, les entreprises vont déployer beaucoup plus qu'une simple conformité aux réglementations puisqu'elles vont faire leurs « meilleurs efforts » pour que les personnes dont elles répondent se comportent elles-mêmes activement de sorte que les buts monumentaux soient atteints.

Dès lors et si l'on veut désigner une obligation première de compliance pesant sur l'entreprise, c'est avant tout une obligation probatoire²⁹² : quelle que soit sa place dans le procès, l'entreprise doit démontrer qu'elle a fait ses meilleurs efforts pour atteindre les buts fixés, ce standard de « meilleurs efforts » renvoyant à une obligation de moyens rappelée notamment par Roch-Olivier Maistre²⁹³.

Même si cette obligation probatoire renvoie à l'obligation de rendre des comptes (« *accountability* »), ce que l'entreprise puissante doit faire graduellement vis-à-vis de ses parties prenantes, de la société civile et de l'opinion publique, laquelle est devenue universelle, notamment par les réseaux sociaux, ce poids probatoire, rançon de la puissance légitime, renvoie à la perspective du procès. Il est vrai que la « société contentieuse », naguère présentée comme un « spectre »²⁹⁴, pourrait se profiler. Mais c'est plutôt comme un juge d'appui qui apparaît, intégré dans la logique d'effectivité de la compliance.

II. - LE JUGE, TOUJOURS PLUS AU CENTRE DU DROIT DE LA COMPLIANCE

Le juge ne semble pas naturellement armé face à cette branche du droit si nouvelle, Christine Guéguen soulignant la difficulté du droit à trouver sa place²⁹⁵.

Durant ce colloque, beaucoup de choses ont été dites, notamment au sujet des « buts monumentaux » qui ont amené Christine Guéguen à préciser que cela allait être difficile pour le juge, François Ancel évoquant la solitude du juge saisi de telles causes systémiques²⁹⁶.

292 M.-A. Frison-Roche, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la Compliance », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, op. cit., pp. 409-442.

293 R.-O. Maistre, préc.

294 L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommages à Gérard Cornu*, PUF, Paris, 1994, pp. 29-50.

295 Ch. Guéguen, in cet ouvrage.

296 Sur la notion de « causes systémiques », voir M.-A. Frison-Roche, « L'hypothèse de la catégorie des causes systémiques portés devant le juge », 2021 (site Internet : <https://www.mafr.fr/fr/article/lhypothese-des-causes-systemiques/>).

9. Visant à la responsabilisation, la compliance fait naître des procès en responsabilisation

Les juges intègrent dans leur façon de juger et de conduire les procédures cette perspective d'*ex ante* qui caractérise la régulation et la compliance, ce qui constitue par nature un bouleversement, souligné notamment par Paul Nihoul²⁹⁷, Lucien Rapp²⁹⁸, Vincent Vigneau²⁹⁹ et François Ancel³⁰⁰. Il est vrai que nous sommes à un tournant, mais le juge a la force de jouer le rôle de premier plan qui est désormais attendu de lui.

Comme pour le préteur en droit romain, il faut mais il suffit que des parties intéressées soient déclarées recevables à poser des questions aux juges. Ceux-ci devant formuler des réponses, c'est bien à travers leur jurisprudence qu'au-delà de réglementations éparses l'unité téléologique du droit de la compliance apparaît. Et cela dès les décisions des juges du fond. François Ancel l'illustre par le droit de la vigilance³⁰¹.

Cela suppose que les juges éclaircissent les questions procédurales, notamment l'intérêt à agir, et interviennent sur les mécanismes *ex ante*, comme l'élaboration des plans et la gouvernance des entreprises, notamment les informations dues. Il s'agit d'une logique d'ensemble, que l'Europe révèle au fur et à mesure, comme l'a souligné Daniel Calleja y Crespo dans l'articulation entre le RGPD, le DMA et le DSA³⁰².

L'intérêt de toute la jeune génération pour le droit de la compliance, auquel elle veut apporter sa pierre pour la construction du futur, va contribuer à cette unité. Les points de contact souvent soulignés entre la compliance et l'éthique³⁰³ accroissent cette dimension de responsabilisation³⁰⁴.

Pour nous qui voyons le plus souvent d'une façon plus étroite et comme par éclat cette matière avec, d'un côté, la compliance sectorielle et, de l'autre côté, la compliance dans telle et telle branche du droit par le biais d'une réglementation particulière (RGPD, DSA, etc.), c'est vers les juges que nous nous tournons pour trouver des règles communes et simples : saisis de multiples questions, ils les apporteront à travers des principes. Ainsi la proportionnalité, soulignée par Lucien Rapp³⁰⁵, et la durabilité, mise en lumière par François Ancel³⁰⁶, apparaissent d'une façon transversale dans ces procès en responsabilisation nés de la compliance.

297 P. Nihoul, préc.

298 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », préc.

299 V. Vigneau, *in* cet ouvrage.

300 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », préc.

301 *Ibidem*.

302 D. Calleja y Crespo, *in* cet ouvrage.

303 M. Canto-Sperber, « La compliance et les définitions traditionnelles de la vertu », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, éd. Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2019, pp. 73-77.

304 M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance », *in D.*, 2022, chron., pp. 621-624.

305 L. Rapp, « Juridictions nationales et taxinomie européenne. L'office du juge dans un dispositif de compliance », préc.

306 Fr. Ancel, « Quel rôle pour le juge aujourd'hui dans la compliance ? Quel office processuel du juge dans la compliance ? », préc.

Cela donne raison à Alain Supiot, grand auteur évoqué par Didier-Roland Tabuteau³⁰⁷, Alain Supiot, qui demanda en 2015 avec Mireille Delmas-Marty que l'on se décide à *Prendre la responsabilité au sérieux*³⁰⁸. La Cour de Justice de l'Union européenne le fait en soulignant que la position dominante ne saurait être fautive en elle-même mais qu'elle engendre des responsabilités, impliquant des diligences. La compliance développe cela comme pilier.

10. Le juge doit persister dans son rôle de gardien de l'État de Droit

N'excluons pas le droit de la compliance soit dévoré par la technologie à travers le foisonnement des formulaires, par une réduction à la « conformité », c'est-à-dire à une contrainte d'obéissance³⁰⁹, laquelle est alors prise en charge et générée par les algorithmes et leurs procédés informatiques, ensemble qui peut finir par nous faire agir comme des robots !

Or, face à la conformité imprégnée de technologies insensibles aux droits de la défense ou au principe du contradictoire³¹⁰, il nous faut une compliance qui se bâtit non seulement sur une définition par l'humanisme, ce que fait l'Europe³¹¹, mais encore sur des outils dans lesquels l'État de Droit ait sa place, notamment dans les enquêtes internes, la CJIP³¹² et toutes les sanctions, ainsi qu'Alain Seban l'a souligné³¹³.

11. Ce sur quoi porte le contrôle du juge

D'une façon plus substantielle, le juge exerce son contrôle sur le droit souple, très présent dans le droit de la compliance. En cela, Christophe Chantepy rappelle que le juge administratif est exemplaire dans son contrôle³¹⁴, les autorités publiques émettant du droit souple auquel tous se réfèrent, y compris lorsque les entreprises ne sont pas régulées, notamment sur les conditions de la CJIP et la place des engagements³¹⁵.

La spécificité ici tient à l'auteur du droit souple, à savoir les entreprises elles-mêmes, qui émettent notamment des chartes, dont le statut juridique demeure incertain, notamment dans les nouveautés du contrôle normatif que le juge exerce sur toutes ces normes, sur les régulateurs et les entreprises elles-mêmes, la référence à des « engagements » demeurant davantage une invitation à la qualification qu'un ancrage assuré. Il est exact que les engagements, y compris devant les autorités publiques, sont un élément essentiel, notamment par leur adéquation au-delà du territoire, mais c'est au juge d'en donner la portée précise, puisque c'est toujours à lui de donner l'exacte qualification des situations. La vigilance, pointe avancée de la compliance, lui en sera l'occasion.

307 D.-R. Tabuteau, préc.

308 A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015.

309 Voir *supra* la distinction entre la « conformité » mécanique et le Droit de la Compliance.

310 M.-A. Frison-Roche et M. Boissavy (dir.), *Compliance et droits de la défense. Enquête interne – CJIP – CRPC*, coéd. *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », Paris, 2024, 362 p.

311 D. Calleja y Crespo, préc.

312 J.-Fr. Bohnert, préc., A. Mignon-Colombet, préc.

313 A. Seban, préc.

314 Ch. Chantepy, *in* cet ouvrage.

315 J.-Fr. Bohnert, préc.

Dans cette perspective et sur le terrain plus juridique du contrat, les stipulations multiples que les entreprises ont élaborées pour exécuter leurs obligations légales, voire pour en créer d'autres, que les contrats soient publics ou privés, devront être interprétées en fonction des finalités et des faits spécifiques de ce nouveau droit de la compliance qui réunit aujourd'hui le Conseil d'État et la Cour de cassation.

À cette occasion, parties prenantes et entreprises, les unes et les autres étant soit publiques soit privées, demanderont aux juges des solutions adéquates. C'est alors que l'on se tournera vers le juge financier ou le juge de la concurrence³¹⁶, notamment parce qu'il s'agit parfois d'inventer des solutions pour l'avenir. Cela peut prendre de multiples formes, comme des cessations, des autorisations, des modifications de comportements, des réconciliations, etc., et d'autres qui sont sans doute à inventer.

12. Le juge doit régler un contentieux systémique en l'organisant dans son espace propre qu'est l'espace de justice

En cas de conflit, les parties vont développer des prétentions de compliance qui sont présentées aussi bien en demande qu'en défense, dépassant par nature le litige qui les oppose. Ces causes systémiques sont souvent examinées tout d'abord par une autorité de supervision, administrative ou professionnelle, l'entreprise fonctionnant elle-même comme un superviseur, notamment dans les chaînes de valeur. Les parties au procès prétendent représenter un intérêt global, par exemple l'efficacité des marchés ou le climat.

Le procès devient alors lui-même un affrontement systémique, y compris devant un juge du fond. Pour comprendre et favoriser ce qui s'avère être un dialogue entre plusieurs systèmes dont les finalités peuvent être autonomes, les juges doivent adapter les procédures, notamment demander aux régulateurs de venir leur parler et, au-delà du litige, d'entrer dans l'instance. Une question ouverte est celle de savoir s'il faut modifier ou non les textes pour ce faire. L'accroissement de l'oralité, les *amici curiae*, l'instruction à la barre, ne l'ont pas nécessité.

En tout cas, le dialogue des juges y est essentiel pour que la culture de compliance, culture ancrée dans le droit, culture commune au monde public et au monde privé, culture reflétant le projet européen humaniste, culture d'un monde juridictionnel ouvert et actif, trouvant par la force de ses traditions des solutions nouvelles, se développe.

Parce que tout cela marque le droit français et européen, ce développement du droit de la compliance, né du droit de la régulation, dans lequel le juge est au centre, ne fait que commencer.

316 P. Nihoul, préc.