THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche – Laboratoire Innovation Communication et Marché

L'émergence d'un droit de la compliance

Présentée par Eugénie PLANE
Le 6 décembre 2024

Sous la direction de Daniel MAINGUY et Malo DEPINCE

Devant le jury composé de

Madame Léa MOLINA Professeur à le Mans Université	Présidente du jury
Monsieur Jean-Christophe RODA Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon III	Rapporteur
Madame Mathilde Cayot Maitre de conférences à l'Université Paul Valéry	Examinateur
Monsieur Daniel Mainguy Professeur à l'Université Paris I	Directeur de thèse
Monsieur Malo Depincé Professeur à l'Université de Montpellier	Directeur de thèse

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à mes deux directeurs de thèse, les Professeurs Daniel Mainguy et Malo Depincé, pour la confiance qu'ils ont bien voulu m'accorder en acceptant de diriger ces travaux ainsi que pour leurs conseils avisés.

Je remercie également Monsieur Julien Roque qui a accepté de co-encadrer ce travail et guidé mes premiers pas dans ces travaux, mais également en tant que chargée de travaux dirigés.

Je tiens aussi à remercier le Professeur Françoise Pérochon, qui a fait preuve à mon attention d'une grande bienveillance, ainsi que Mathilde Cayot et Romain Azevedo, qui m'ont tous deux apporté une aide précieuse.

Je remercie chaleureusement les membres de ma famille pour leur soutien indéfectible : maman, papa, mamie, Christian, Bernard, tatie, merci d'avoir toujours cru en moi.

J'adresse aussi mes remerciements aux doctorants bienveillants que j'ai croisé tout au long de ces années, collègues de travaux dirigés, anciens étudiants devenus pairs et anciens membres du cdcm : merci pour le partage d'expérience, les encouragements, les bons conseils, l'entraide dont vous avez fait preuve. Je remercie tout particulièrement ma Gwenaëlle, mon allié tout au long de ces années.

Je remercie enfin Matthieu pour sa présence et sa patience.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION D'UN DROIT DE LA COMPLIANCE

Titre 1 : L'identification des enjeux d'un droit de la compliance

Chapitre 1 : Le droit de la compliance au service de la réalisation des missions de l'État

Section 1 : La compliance outil de régulation des effets de la globalisation

Section 2 : La compliance outil de puissance économique

Chapitre 2 : La mise en ordre d'un désordre législatif par la création d'un droit

Section 1 : Le développement désordonné de la compliance

Section 2 : La construction ordonnée d'un droit de la compliance

Titre 2 : Les critères d'identification des normes relevant d'un droit de la compliance

Chapitre 1 : Les critères tenant à la finalité d'un droit de la compliance

Section 1 : La poursuite d'objectifs d'intérêt général

Section 2 : La réalisation d'objectifs d'intérêt général

Chapitre 2 : Les critères tenant au sujet d'un droit de la compliance

Section 1 : Le sujet d'un droit de la compliance en raison de la nature de son activité

Section 2 : Les sujets d'un droit de la compliance en raison de leur puissance économique

PARTIE 2 : LE REGIME D'UN DROIT DE LA COMPLIANCE

Titre 1 : le volet préventif d'un droit de la compliance

Chapitre 1 : Les outils de prévention des risques

Section 1 : Le traitement des risques

Section 2 : La sensibilisation des acteurs de l'entreprise

Chapitre 2 : Les outils de détection des manquements aux obligations de compliance

Section 1 : Les moyens de détection

Section 2 : Les conséquences de la détection

Titre 2 : le volet répressif d'un droit de la compliance

Chapitre 1 : Les autorités de supervision de la compliance

Section 1 : Les autorités de supervision

Section 2 : Le rôle des autorités de supervision

Chapitre 2 : L'action publique

Section 1 : La justice négociée

Section 2 : Le rôle du juge dans la compliance

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACPR : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

AFA : Autorité française anticorruption

aff. : Affaire

AJCA : Actualité juridique contrats d'affaires

AJCT : Actualité juridique collectivités territoriales

AJDA : Actualité juridique droit administratif

AJ pénal : Actualité juridique pénal

al. : Alinéa

AMF : Autorité des marchés financiers

ANJ : Autorité nationale des jeux

art. cit. : Article cité précédemment

Aut. conc. : Autorité de la concurrence

BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires

c/ : Contre

CA : Cour d'appel

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CNIL : Commission nationale de l'Informatique et des Libertés

comm. : Revue Commentaire

cons. : Considérant

Cons. const. : Conseil constitutionnel

D. : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey

déc. : Décision

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

dir. : Sous la direction de

éd. : Édition

GAFI : Groupe d'action financière

Gaz. Pal. : Gazette du palais

Ibid : *Ibidem*

Ibidem : Au même endroit

in : Dans

infra : Ci-dessous

JCP A : Semaine juridique administrations et collectivités territoriales

JCP E : Semaine juridique entreprises

JCP G : Semaine juridique générale

JCI. Droit international : JurisClasseur Droit international

JCI. Pénal Code : JurisClasseur Pénal Code

JCI. Procédure pénale : JurisClasseur Procédure pénale

La RSG : La Revue des Sciences de Gestion

LPA : Les petites affiches

n° : Numéro

obs. : Observations

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

OIT : Organisation internationale du travail

op. cit. : Œuvre citée précédemment

p. : Page

préc. : Précité

PUF : Presses Universitaires de France

RD bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier

RDP : Revue du Droit public

RDT : Revue de droit du travail

Rec. : Recueil de jurisprudence

RED : La revue européenne du droit

Rép. euro. Dalloz : Répertoire de droit européen Dalloz

Rép. internat. Dalloz : Répertoire de droit international Dalloz

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé

Rev. sociétés : Revue de droit des sociétés

RJSP : Revue des Juristes de Sciences Po

RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

RFDA : Revue française de droit administratif

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RFG : Revue française de gestion

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

supra : Ci-dessus

sv. : Suivant

TRACFIN : Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins

trad. : Traduction

v. : Voir

vol. : Volume

INTRODUCTION

« *Quiconque s'approche de la compliance, de gré ou de force, a une impression d'extrême complication* »[1].

1. La *compliance* s'est introduite brutalement dans la pratique juridique française par l'infliction de sanctions de plusieurs dizaines de milliards de dollars aux entreprises européennes, et notamment françaises, par les autorités américaines. Des sanctions sévères, jugées injustes pour deux raisons[2]. Quant à leur fondement d'abord, la compétence des autorités américaines est contestée en ce que les pratiques sanctionnées seraient sans liens directs avec le territoire des États-Unis. Quant à leur motivation ensuite, celle-ci étant dénoncée comme principalement économique et les cibles choisies à dessein, l'objectif étant de fragiliser les sociétés étrangères visées dans la compétition internationale. Disproportionnées, ces sanctions seraient prononcées dans le seul but de fragiliser les entreprises françaises dans la compétition internationale et de menacer leur pérennité. La *compliance* est donc assimilée à une « *arme de destruction* »[3], « *un tsunami, hostile et imprévisible* »[4] suscitant la défiance des entreprises, des politiques et des juristes. Cette hostilité qui provient de ses origines **(I)** a un impact direct sur sa définition.

Le Professeur Frison-Roche constatait en 2016 que la *compliance* est « *une auberge espagnole* » disposant d'« *autant d'auteurs que de définitions* »[5]. La notion est en effet décrite par les auteurs comme étant « *imprécise* »[6], souffrant d'un « *déficit d'intelligibilités ou du*

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 1-12.

[2] R. GAUVIN, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande de Monsieur Éd. PHILLIP Premier Ministre, 26 juin 2019, p. 3.

[3] *Ibidem*.

[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant et après », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 23-36.

[5] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la compliance », *D.* 2016, 1871.

[6] J.-J. DAIGRE, « Compliance, entreprise et Europe », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 61-64.

moins des difficultés d'appréhension » menant « *à des divergences d'interprétation, source d'insécurité juridique* »[7], notamment parce qu'elle « *se nourrit de matières en apparence éloignées, voire discordantes : corruption, blanchiment, droits humains, données personnelles, environnement… fondées sur des textes tout aussi disparates* »[8]. Cette difficulté définitionnelle est une difficulté majeure dès lors que « *le juriste sait que l'étude d'une notion commence par sa définition* »[9] **(II)**.

I. Les origines de la *compliance*

> « *Il est des généalogies simples à établir, composées de lignage clair, de parenté directe et circonscrit à une aire bien déterminée ; il en est d'autres qui sont plus complexes, plus difficiles à retracer, marquées par des voyages et des mutations, pour lesquelles on peut avoir le sentiment qu'il est impossible de procéder à un inventaire précis et définitif des ascendants, descendants et branches collatérales, ni même des liens qui les unissent. La généalogie de la compliance relève à la fois de ces deux catégories : si l'origine géographique et sectorielle du phénomène est relativement facile à identifier, les choses se complexifient quelque peu lorsqu'on cherche à établir les liens de parenté qui l'unisse avec des concepts proches et complémentaires et encore plus lorsqu'on se penche sur les variantes lexicales que l'on rencontre pour désigner le phénomène de la compliance* »[10].

2. Les origines de la *compliance*. La *compliance* est née des initiatives du législateur américain et des autorités de poursuites face à différentes crises ayant frappé l'économie américaine et qui ont pour dénominateur commun la manipulation des informations transitant sur le marché **(A)**. L'anglicisme « *compliance* » est aujourd'hui encore retenu par la majorité de la doctrine française pour désigner ce phénomène qui peine à s'intégrer dans la culture juridique française **(B)**.

---

[7] A. DE LA COTARDIERE, « Construire une Europe de la Compliance lisible pour les entreprises », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 119-124.

[8] W. FEUGERE, « La Compliance, mode d'emploi » *in* E. CHEVRIER, M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE (dir.), *Le code de la compliance*, Dalloz, 2020, p. 5.

[9] N. KILGUS, « Avant-Propos », *in* A. MAYMONT (dir.), *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022 p. 21-24.

[10] C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et C. ROQUILLY, *Risque juridique et conformité – Manager la compliance*, Lamy, Conformité, 2011, p. 68.

A. L'origine américaine du concept de « *compliance* »

3. Les apports du *Foreign Corrupt Practices Act*. Le concept et la pratique des programmes de *compliance* ont été développés dans les années 70 aux États-Unis[11]. À cette époque, la *Securities and Exchange Commission* a enquêté sur plus de quatre cents entreprises américaines soupçonnées d'avoir avoir émis des paiements illégaux d'un montant s'élevant à plus de 300 millions de dollars en faveur d'agents gouvernementaux étrangers, d'hommes politiques et de partis politiques[12]. Afin de prévenir la corruption des agents publics étrangers et de restaurer auprès du public l'image des entreprises américaines, le *Foreign Corrupt Practices Act* a été promulgué en 1977. Cette loi dispose de deux volets : un volet comptable concernant les documents devant être fournis par les entreprises ainsi que les contrôles internes comptables à effectuer ; et un volet dédié à la lutte contre la corruption. Au terme du *Foreign Corrupt Practices Act,* il est ainsi interdit aux citoyens et résidents américains, aux entreprises américaines, aux émetteurs de titres, quelle que soit leur nationalité, côtés aux États-Unis, ainsi qu'à toute personne, à partir de ou via le territoire américain, d'accorder des avantages à un agent public étranger afin d'obtenir ou de conserver un marché[13]. La loi est donc extraterritoriale puisqu'elle permet de sanctionner des entreprises étrangères ayant des filiales sur le territoire américain ou cotées sur les marchés boursiers américains.

Les *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*[14] prévoient la prise en compte de plusieurs facteurs dans la mise en cause de la personne morale, notamment la divulgation volontaire et en temps utile des actes répréhensibles de l'entreprise et sa volonté de coopérer à l'enquête ; ainsi que l'existence et l'efficacité d'un programme de *compliance* préexistant[15]. Afin d'éviter les amendes, les actions pénales et civiles, ainsi que l'exclusion des marchés publics fédéraux prévue par le *Foreign Corrupt Practices Act*, les entreprises américaines et étrangères concernées ont donc développé des programmes de *compliance*. Ils s'appuient pour cela sur les lignes directrices conjointes de la *Securities and Exchange Commission* et du *Department of Justice* qui détaillent les critères minimaux qu'un programme de *compliance* doit remplir pour être réputé efficace : 1° établir des principes et des procédures pour prévenir et détecter les actes contraires à la loi, la pierre angulaire de ce premier critère est d'établir un code de bonne conduite répondant aux conditions de lisibilité d'accessibilité ; 2° créer une fonction conformité et en confier la responsabilité opérationnelle à des personnes dotées de ressources et moyens nécessaires et ayant un lien de *reporting* direct avec l'autorité

---

[11] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *Codes de bonne conduite – Chartes éthiques – Outils de gestion des risques*, Lamy, Conformité, 2012, p. 11.

[12] « Commentaire – The Foreign Corrupt Practices Act, 1977 (FCPA – États-Unis) » *in* E. CHEVRIER (dir.), *Le code de la compliance*, Dalloz, 2020, p. 1807.

[13] Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Sec. 104.

[14] « publié en 1999 par le DOJ et mis à jour en mars 2023, ce manuel à destination des procureurs américains détaille les principes de poursuite fédérale s'appliquant à tout type d'organisation commerciale. Ces principes précisent la manière dont les procureurs enquêtent et poursuivent les entreprises » : *Présentation des référentiels étrangers promouvant l'intégrité dans la vie des affaires*, Étude de l'AFA, mai 2023, p. 14.

[15] US Atterney Manual, Chapitre 9-28.000.

dite gouvernante ; 3° s'assurer, avant de déléguer toute responsabilité importante, que les personnes concernées n'aient pas eu de conduite illégale ou de comportement contraire au programme de conformité ; 4° communiquer régulièrement sur les principes et procédures de conformité auprès de l'autorité dite gouvernante, des employés hiérarchiquement élevés et plus généralement des employés et les former ; 5° s'assurer de la conformité aux principes établis en menant des audits pour détecter les comportements litigieux, évaluant régulièrement l'effectivité du programme et mettant en place un système anonyme et confidentiel de signalement des comportements non conformes ; 6° mettre en place des incitations au respect du programme et mettre en œuvre des procédures disciplinaires à l'encontre des employés qui ne les respecterait pas ; 7° prendre les mesures correctives nécessaires en cas de violation, notamment pour prévenir toute autre violation[16]. Les règles posées par ces lignes directrices pour caractériser un programme de conformité efficace ont permis d'en harmoniser la définition et les axes pratiques de déploiement à l'international.

Depuis Alstom, Total, ABB, Alcatel, Shell, Daimler, Siemens, BAe Systems, Petrobras, nombreuses seront les entreprises européennes condamnées par les autorités de poursuites américaines pour des faits de corruption. Ces condamnations sont les plus nombreuses aux États-Unis dans les poursuites engagées à l'encontre d'entreprises étrangères et les amendes, voire les peines de prison, sont lourdes[17]. L'entreprise suédoise Ericson s'est ainsi acquittée d'une amende de plus d'un milliard de dollars en 2019, Siemens avait dû régler huit cents millions en 2008 et Alstom sept cent soixante-douze millions en 2014 pour ne citer que quelques exemples. Nul doute qu'aujourd'hui, plus aucune entreprise européenne n'ignore les exigences américaines en matière d'anticorruption[18].

4. Les apports de la loi *Sarbanes-Oxley*. Dans les années 2000, c'est une succession de scandales financiers basés sur des pratiques comptables frauduleuses telles que les affaires *Enron*[19] et *Worldcom*[20] qui ont suscité une remise en cause de la confiance dans le fonctionnement des entreprises et des marchés[21]. Ces scandales ont notamment révélé des dysfonctionnements des systèmes, procédures et pratiques de contrôle des comptes et de surveillance des marchés financiers[22]. Le Président des États-Unis déclare alors, le 9 juillet

---

[16] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit.*, p. 54.

[17] S. MATELLY, « Quand l'Histoire s'accélère », GéopoWeb, Presse, 2 juin 2021, disponible en ligne : https://www.iris-france.org/158085-responsabilite-des-entreprises-quand-lhistoire-saccelere/.

[18] O. Raynaud, « L'application des règles de prévention du blanchiment aux professions juridiques et aux professions du chiffre », *Gaz. Pal*., 15 nov. 2003, p. 2.

[19] *Ibidem* : « Débuté fin 2001 avec la révélation de comptes falsifiés, la chute d'abord boursière s'est soldée par la faillite du courtier en énergie. Les malversations ont conduit à la ruine des salariés et des actionnaires, à la chute du cabinet d'audit Arthur Andersen et ont jeté le discrédit sur toute la finance mondiale ».

[20] *Ibid* : « Le 25 juin 2002 a éclaté la plus grande fraude comptable de l'histoire. L'opérateur téléphonique américain WorldCom avoue une manipulation de 3,85 milliards de dollars, chiffre qui sera ensuite porté à 9 milliards. »

[21] C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et C. ROQUILLY, *op. cit.*, p. 88.

[22] J.-J. PLUCHART, « L'éthique des affaires : portée et limites de l'approche fonctionnaliste », *LaRSG*, 2005/6 (n°216), pp. 17-32.

2002, que « *l'économie américaine a un besoin impératif de standards éthiques renforcés qui seront imposés par des lois strictes* » [23], et le 30 juillet suivant, la loi *Sarbanes-Oxley* est votée par le Congrès des États-Unis. Cette loi est guidée par trois principes : l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des gestionnaires et l'indépendance des organes vérificateurs[24]. Elle a exercé une influence considérable sur le droit français en raison de deux facteurs. Le premier tient au fait que les États-Unis disposent de l'économie et des marchés boursiers les plus importants au monde[25]. De ce fait, de nombreuses sociétés étrangères y sont cotées, ce qui les soumet aux exigences du droit boursier fédéral. La loi *Sarbanes-Oxley* en particulier vise les sociétés étrangères côtés aux États-Unis. Elle prévoit en effet l'obligation pour toutes les sociétés cotées aux États-Unis, y compris les sociétés étrangères disposant d'instruments côtés aux États-Unis, de mettre en place des procédures de contrôle interne robustes visant à prévenir les fraudes essentiellement de nature financière et devant être évaluées par un auditeur externe[26]. Le second facteur d'influence de la loi *Sarbanes-Oxley* est davantage casuistique puisqu'il tiendrait à la « *couverture médiatique exceptionnelle* » de la loi en raison notamment de la réactivité « *draconienne* » du législateur américain face à la gravité des scandales révélés et des montants en cause[27]. La loi *Sarbanes-Oxley* est, en effet, née en rupture par rapport à la tradition juridique américaine libérale en mettant fin notamment à l'autorégulation des auditeurs et se caractérise par des sanctions pénales particulièrement sévères[28]. C'est ainsi que le 8 août 2023, la *Securities and Exchange Commission* a publié un communiqué annonçant la sanction de onze établissements financiers qui ont reconnu des défaillances dans la conservation de communications électroniques de leurs employés, pour un montant total de deux cent quatre-vingt-neuf millions de dollars[29]. Les sociétés BNP Paribas et Société Générale sont notamment concernées, sanctionnées d'une amende de trente-cinq millions de dollars chacune. S'inspirant de la loi *Sarbanes-Oxley*, la loi n° 2003-706 de sécurité financière est adoptée en France en 2003, avec pour ambition de ramener la confiance sur les marchés financiers, lesquels ont été ébranlés par la crise des marchés américains, en introduisant notamment l'obligation de mettre en œuvre un contrôle interne dans les sociétés par action française afin de favoriser la transparence des comptes de ces sociétés.

La loi *Sarbanes-Oxley* contraint, en outre, les émetteurs à déclarer s'ils ont adopté un code éthique s'imposant aux responsables financiers, un tel code devant, entre autres, promouvoir la conformité avec les règles gouvernementales applicables. S'ils n'en ont pas adopté, la loi exige qu'ils expliquent pourquoi[30], selon le principe du *comply or explain*. C'est ainsi que les codes

---

[23] *Ibidem*.

[24] H. STOLOWY, E. PUJOL et M. MOLINARI, « Audit financier et contrôle interne », *RFG*, 2003/6 (n°147), p. 133-143.

[25] P.-H. CONAC, « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Rev. sociétés*, 2003, p. 835.

[26] Sarbanes-Oxley Act, 107-204-July 30, 2002, 116 STAT. 745, Sec. 302 et 404.

[27] P.-H. CONAC, art. cit.

[28] *Ibidem*.

[29] « États-Unis : amendes pour BNP Paribas et Société Générale liées à des messages électroniques », BFM, 09/08/2023, disponible en ligne.

[30] Sarbanes-Oxley Act, 107-204-July 30, 2002, 116 STAT. 745, Sec. 406.

de bonne conduite et les chartes éthiques se sont diffusés plus largement en France à partir des années 2003–2004 via, dans un premier temps, les filiales des entreprises américaines puis les entreprises françaises cotées aux États-Unis[31].

La loi *Sarbanes-Oxley* requiert enfin que les entreprises cotées et leurs filiales mettent en place des procédures permettant à tous salariés de signaler, anonymement, tous faits délictueux concernant des malversations comptables. En cas de dénonciation de faits pouvant constituer une violation des règles édictées par la *Securities and Exchange Commission* ou de toute règle fédérale concernant les fraudes aux actionnaires, la protection des informateurs est garantie à l'encontre de toutes mesures de représailles initiées par l'employeur[32] qui peut faire l'objet de sanctions pénales[33]. Les sociétés françaises ont très tôt été influencées par cette pratique, la société Renault par exemple, a mis en place un tel système d'alerte au sein de l'entreprise dès 2007[34]. Il faudra toutefois attendre une loi du 9 décembre 2016 pour voir émerger en France la construction d'un statut protecteur du lanceur d'alerte.

La *compliance* a ainsi précédé la pensée académique française, devenant un souci majeur pour les entreprises avant d'induire des réflexions doctrinales puis l'action du législateur. De cette pratique juridique américaine imposée aux entreprises européennes, et notamment françaises, est apparu l'anglicisme de « *compliance* » dans la littérature juridique française.

B. L'utilisation d'un anglicisme

5. Les difficultés sémantiques nées de l'anglicisme. La première difficulté dans l'étude de la *compliance* est sémantique. Le Professeur Gaudemet soulignait ainsi en 2017 lors de la conclusion du colloque « La compliance : nouveaux enjeux pour les entreprises, nouveaux rôles pour les juristes ? » organisé par l'Université Jean Moulin Lyon qu'« *avant même d'essayer d'esquisser une définition, il y a le mot " compliance" lui-même, qui ne fait pas l'objet d'un consensus* »[35]. L'anglicisme est, de fait, « *un statut lexical peu facile à endosser en France* »[36] ; qu'on en juge, par exemple avec cette citation qui illustre bien le rejet brutal que génère parfois ce type d'emprunt linguistique : « *La mode est à un anglicisme ridicule, connu et compris que d'une secte savante : compliance programs (programme de mise en conformité) ; whistblowing (dénonciation de l'illicite) ; public enforcement (recours diligenté par une autorité publique)* »[37]. Si pour Maître Borlant-Clément, « *cette insatisfaction*

---

[31] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit.*, p. 54.

[32] Sarbanes-Oxley Act, 107-204-July 30, 2002, 116 STAT. 745, Sec. 806.

[33] Sarbanes-Oxley Act, 107-204-July 30, 2002, 116 STAT. 745, Sec. 1106.

[34] F. CREUX-THOMAS, « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, n°4, 24 janvier 2011, 69.

[35] A. GAUDEMET, « Conclusions », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 251-259.

[36] C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et C. ROQUILLY, *op. cit.*, p. 69.

[37] M. MALAURIE-VIGNAL, « Avant-propos », *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, Université, 5e éd., 2011.

sémantique s'explique sans doute par la nature même de la compliance et du contexte responsif, voire défensif, dans lequel la France et l'Union européenne s'en sont emparées, de son origine anglo-saxonne qui s'insère laborieusement dans un système de droit continental ou encore des changements profonds de paradigme et interne qu'elle induit, autant pour les entreprises dans la gestion de leur vie des affaires que pour l'institution de la Justice »[38] ; pour le Professeur Kilgus, le problème est celui de la définition de l'objet d'étude : « *s'il faut recourir à une langue étrangère, c'est que l'on a du mal à dire les choses plus simplement* »[39]. Les auteurs peinent en effet à trouver une traduction française satisfaisante du concept de *compliance*.

Le verbe « *to comply* » dont est issu le nom « *compliance* » signifie observer, respecter les règles, se conformer au règlement. Est « *compliant* » ce qui est conforme à une norme. En ce sens, « *conformity* » peut être prise comme synonyme de « *compliance »*, qui peut être traduit par « conformité » en français. Le terme « conformité » est ainsi une traduction souvent retenue du terme anglo-américain « *compliance* »[40]. L'effort de traduction peut cependant effacer certaines subtilités langagières, ainsi des réserves sont-elles souvent exprimées lorsqu'il s'agit de traduire « *compliance* » par « conformité »[41]. Ces réserves sont liées au fait qu'en français la notion de « conformité » est chargée d'un sens juridique précis : « *qui est, juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence* »[42]. En ce sens, le Professeur Frison-Roche souligne que restreindre la *compliance* à la conformité aboutit à une sorte de tautologie du droit par laquelle toute règle de droit est de la *compliance* puisque l'entreprise doit s'y conformer ; or « *la compliance ne concerne pas tous les sujets de droit, même si l'on s'aventure à la définir simplement comme l'obligation de respecter le droit, mais seulement les entreprises puissantes, internationales et observées par des investisseurs actifs* »[43]. La majorité de la doctrine reconnaît ainsi que « *la notion de conformité ne semble pas rendre compte, dans toute sa complexité, de la réalité de ce qu'est la compliance aujourd'hui* »[44]. La *compliance* « *n'est pas une simple obligation de conformité à une norme, locale ou étrangère* »[45], c'est une

---

[38] S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Dalloz, 2021, p. 26.

[39] N. KILGUS, « Avant-Propos », *in* A. MAYMONT (dir.), *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022 p. 21-24.

[40] v. par exemple : O. CLAUDE ET A. LEVY, « Les enseignements des premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 106 ; « la compliance, ou conformité réglementaire » : M.-A. BOURSIER et W. FEUGERE, « Qu'est-ce que la compliance ? », *in* E. CHEVRIER, M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE (dir.), *Le code de la compliance*, Dalloz, 2020, p. 2 ; S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *Lutte anti-corruption-Gestion des risques et compliance*, Lamy, Conformité, 2013, p. 87.

[41] v. notamment : M. AUDIT, « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 45-54 ; M.-A. FRISON-ROCHE, Le Droit de la Compliance, art. cit. ; A. MAYMONT, *op. cit.*, p.30 ; C. COLLARD, C. DELHAYE, H.-B. LOOSDREGT et C. ROQUILLY, *op. cit.*, p. 69.

[42] G. Cornu, Vocabulaire juridique, V. « Conformité » et « Conforme », PUF, Quadrige, 14e éd. 2022.

[43] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et confiance », 30 mars 2017, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/compliance-et-confiance/.

[44] B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 17-28.

[45] M. AUDIT, art. cit.

notion « *en mouvement et dynamique* » dépassant la notion « *plus statique de conformité ne s'appliquant qu'à un instant précis* »[46].

Cette thèse fera donc usage de l'anglicisme « *compliance* » puisqu'elle ne peut se satisfaire d'une traduction française approximative pour désigner l'objet de son étude, le droit étant d'abord dans nos sociétés un « *phénomène linguistique* »[47]. À cet égard, le Professeur Bergel souligne que le droit suppose une linguistique pratique et spécialisée qui exige un effort particulier pour le choix des termes, la clarté et la précision des textes[48]. Pour comprendre les textes et prévoir les solutions à un problème de droit, il faut en effet que les mots correspondent à des concepts ayant un contenu précis et certain : « *les liens naturels entre le droit, son interprétation, et son application imposent une unité de la terminologie juridique* »[49]. Le vocabulaire doit donc être précis, et les mots employés avoir un sens assez affiné pour être reconnaissable et permettre d'identifier ce qu'ils désignent. La nécessité d'une terminologie exacte s'impose ainsi à tous les acteurs du droit : législateur, juge, praticien, etc. Il faut que tous les juristes parlent le même langage. Il incombe donc à la doctrine de rechercher le contenu substantiel des mots et d'élaborer si nécessaire la terminologie capable de traduire les concepts.

II. Les tentatives de définition de la *compliance*

> « *La première manifestation de l'existence d'une branche nouvelle du savoir se trouve dans les querelles auxquelles sa définition donne lieu. La première preuve de sa maturité se voit dans la disparition ou, du moins, l'apaisement de ces querelles* »[50].

6. Si l'on en croit le Doyen Georges Vedel, la multitude de définitions de la *compliance*, aussi divergentes soient-elles, atteste de l'existence d'une branche nouvelle du droit dont la maturité n'est pas encore advenue **(A)**. Ces définitions font apparaître systématiquement la figure de l'entreprise, notion elle-même polysémique **(B)**.

A. Les disparités de conception de la compliance par la doctrine

7. La lecture des travaux doctrinaux laisse entrevoir des disparités s'agissant de la définition de la *compliance*. Si certains auteurs en retiennent une définition pauvre, à la limite

---

[46] A. MAYMONT, *op. cit.*, p.30.

[47] A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Revue critique de jurisprudence*, 2010, p. 181.

[48] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5e éd., 2012, p. 253 et sv.

[49] *Ibidem*.

[50] G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Tome II, I.A.E de Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA de Toulouse, 1981, p. 767-774.

de la tautologie du droit **(1)**, d'autres au contraire en retiennent une définition si riche qu'elle justifierait la construction d'une nouvelle branche du droit **(2)**.

1. Les différentes conceptions doctrinales de la compliance

8. L'assimilation de la compliance à une simple démarche de conformité. L'assimilation de la compliance à une démarche de conformité se fait sentir dans un grand nombre de travaux doctrinaux qui aboutissent à la conclusion que la *compliance* est un comportement[51]. Monsieur Hamelle, directeur juridique du Groupe Total, définit ainsi la *compliance* comme « *un corps de règles ou de bonnes pratiques qu'il convient de suivre pour éviter de commettre une illégalité grave, le plus souvent de nature pénale ou susceptible de générer un risque très significatif (sanctions pénales ou dommages-intérêts élevés). Il me semble que l'on peut aujourd'hui dégager quelques critères qui permettent de mieux circonstancier la compliance : existence de règles supra-nationales d'application extra-territoriale, fixation de normes détaillées de comportement visant à éviter la survenance d'une violation, sanctions d'une sévérité telles qu'elles sont significatives pour la réputation et les résultats financiers des entreprises. J'y inclurais donc l'anti-blanchiment, l'anticorruption, les régimes d'embargos et de sanctions économiques, l'antitrust et, selon les régions du monde, les règles relatives aux données personnelles* »[52]. À cet égard, le Professeur Auby écrit : *« la compliance est une stratégie des entreprises vis-à-vis des règles, qui consiste fondamentalement à choisir de les respecter. Elle est une stratégie de la part des régulateurs, qui consiste à compter sur un respect largement spontané des normes qu'ils produisent. En somme, l'idée même de compliance contient un positionnement en miroir des régulateurs et des régulés* »[53]. Cette stratégie mise en œuvre par les entreprises de respect des règles aurait pour objet d'éviter les risques ainsi : « *La compliance correspond tout d'abord à une exigence de conformité du comportement des acteurs économiques aux lois et règlements, voire aux bonnes pratiques partagées, qui régissent leurs activités. Mais la compliance ne saurait se limiter au seul constat de la conformité aux règles applicables ; elle est aussi un principe dynamique tendant à évaluer, en continu et dans un domaine donné, l'exposition des entreprises aux risques de sanctions - pénales ou administratives -, aux coûts destinés à permettre le retour à la conformité, et aux risques de dégradation de leur image et de leur réputation. En d'autres termes, dans les deux situations, il s'agit de minimiser l'exposition aux risques - en l'espèce aux risques générés par une atteinte portée à l'environnement - de l'entreprise ; mais, et si l'on osait une comparaison, la compliance serait à la conformité ce que le cinéma est à la photographie : en effet, la compliance vient ajouter le mouvement et la dynamique d'un processus en continu à l'image figée d'un constat, à un moment donné, de la conformité* »[54].

---

[51] O. DUFOUR, « Entretient avec Marie-Anne Frison-Roche », *LPA*, 7 décembre 2017, n°244.

[52] A. HAMELLE, « Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance », *RLDA*, n°125, 1er avril 2017.

[53] J.-B. AUBY, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 101-106.

[54] J.-N. CLEMENT, « La compliance environnementale », *RJSC*, n°16, janvier 2019, 17.

Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche déplore cette approche restrictive de la *compliance* assimilée « *au fait d'obéir* » : « *Or, le droit de la compliance est l'inverse : il est avant tout un espace des volontés qui s'expriment ici et maintenant pour que demain soit différent de ce qu'engendrerait le seul écoulement du temps. Il implique donc une alliance des volontés* » [55]. Cette expression de volonté se déploie en effet dans les procédures internes mises en œuvre par les sujets de la *compliance*.

9. La conception procédurale de la *compliance*. Cette définition fondée sur la conformité de l'entreprise à la règle de droit peut être enrichie d'une conception procédurale de la *compliance*. Le Professeur Fasterling précise ainsi qu'« *appliqué à l'entreprise, le terme compliance vise l'ensemble des mesures prises par l'entreprise et sa direction dans le but de répondre aux exigences posées par les lois et règlements, ainsi que par toute autre norme ou valeur dont l'inobservance ou le non-respect risquerait d'entraîner des conséquences négatives pour l'entreprise et ses dirigeants tels que dommage financier, perte de réputation, mise en jeu de sa responsabilité civile ou pénale* »[56]. Dans cette approche intermédiaire, la *compliance* impose à une entreprise de donner à voir qu'elle s'organise efficacement, compte tenu des risques auxquels elle est exposée, pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés par un dispositif normatif, d'origine étatique. Autrement dit, l'entreprise doit être en mesure de démontrer que sa structure, son organisation interne et ses agents sont en adéquation avec les règles du système dont elle dépend. Elle doit prendre les dispositions nécessaires pour prévenir les risques et la réalisation d'un manquement, susceptible d'être sanctionné. L'essence même de la *compliance* serait alors « *de s'assurer que les entreprises ont institué un dispositif efficace afin de prévenir le risque d'infraction aux règles* »[57]. En ce sens, le Professeur Gaudemet retient également une définition processuelle de la *compliance* inspirée de celle retenue par le Cercle de la compliance selon laquelle la *compliance* est « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés, aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables* »[58]. De même, Monsieur De Juvigny, Secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers, définit la *compliance* comme « *un ensemble de principes et de procédures mis en œuvre – de manière proactive – par les opérateurs économiques, dans le but d'assurer le respect, au-delà des règles de droit applicables, d'un système de valeurs souhaitable pour leur organisation, intégrant une certaine éthique des affaires (…) Dans sa double dimension, la compliance constitue ainsi une démarche tendant à la fois à assurer la conformité pérenne aux réglementations applicables (dimension procédurale) et à diffuser au sein de l'entreprise une culture et des valeurs d'éthique et de responsabilité (dimension comportementale)* » [59]. La *compliance* représenterait alors « *un ensemble de techniques juridiques et de gestion dont la mise en œuvre est imposée*

---

[55] M.-A. FRISON-ROCHE, « Penser et manier la vigilance par ses buts monumentaux de compliance », *JCP E*, n°31-35, 03 août 2023, 1238.

[56] B. FASTERLING, « Compliance – Vers une formalisation », *in* C. ROQUILLY, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 321-327.

[57] A. MAYMONT, *op. cit.*, p.30.

[58] A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *comm.*, 2019/1, n°165, p. 109-114.

[59] B. DE JUVIGNY, art. cit.

aux entreprises de taille significative dans le but de contrôler l'application effective des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles »[60]. Elle induit ainsi une forme particulière de pratique normative consistant à contraindre les entreprises à mettre en place des processus internes visant à prévenir certaines pratiques ou atteindre certains objectifs[61]. Il s'agit d'une « *internalisation* » au sein de l'entreprise des mécanismes visant à atteindre des objectifs définis par le législateur [62]. Si cette internalisation au sein de l'entreprise de procédures obligatoires *ex ante* constitue une appropriation du droit français de la compliance qui se démarque du droit anglo-saxon, pour le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, ce sont les objectifs que doit atteindre l'entreprise qui constituent le cœur de la *compliance*.

10. La conception politique de la *compliance*. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche opte pour une « *définition riche de la compliance* » qui souligne « *sa dimension politique* »[63]. Elle définit ainsi la *compliance* comme « *l'internalisation dans certains opérateurs de l'obligation de se structurer pour concrétiser des buts qui ne leur sont pas naturels, buts qui sont fixés par des autorités publiques qui ont en charge le futur des groupes sociaux, buts que ces entreprises doivent de gré ou de force viser à concrétiser, du seul fait qu'elles sont en position de les atteindre* »[64]. Elle se décline en une multitude de législations nationales dont les principes s'orientent vers des problématiques universelles, mais sous des formes spécifiques au système politico-légal qui les met en œuvre. Ainsi en est-il de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 en matière de lutte contre la corruption ou de la loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordres. La *compliance* vise donc à « *préserver des valeurs qui ne sont pas économiques, mais éthiques* »[65] en élargissant « *la capacité de contrôle dévolue aux états en s'appuyant sur des opérateurs privés disposant d'un champ d'action dépassant les frontières nationales et détenteur de nombreuses informations du fait de leurs activités* »[66]. De ce fait, la *compliance* est « *l'internalisation mondiale d'une régulation publique, souvent conçue aux États-Unis, dans les entreprises, transformées en agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux* »[67]. Forte de cette définition, le Professeur Frison-Roche met à jour la nécessité de construire une « *nouvelle branche du droit* » [68] : le droit de la *compliance*, lequel constitue l'objet d'étude de

---

[60] A. MAYMONT, « Le droit de la *compliance* au secours de la stabilité financière », 2020, disponible en ligne : https://uca.hal.science/hal-02937582/document.

[61] M. AUDIT, art. cit.

[62] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[63] O. DUFOUR, art. cit.

[64] M.-A. FRISON-ROCHE, *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019, p. 8.

[65] B. PARANCE, « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2019, n°354k6, p. 46.

[66] A. MAYMONT, *op. cit*.

[67] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[68] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », art. cit.

cette thèse, à rebours des conceptions restrictives de la *compliance* adoptées par une partie de la doctrine.

2. La construction discutée d'un droit de la compliance

11. La négation d'un droit de la *compliance* par une conception technique de la notion. Pour certains observateurs, la *compliance* n'est pas un droit, mais une méthodologie visant à rendre le droit plus efficace. Il en va ainsi pour les Professeurs Rapp et Terneyre : « *si l'on admet que la compliance va au-delà de la conformité, en englobant les " démarches par la conformité" et devient un instrument nécessaire et fondamental de la régulation économique, elle ne nous paraît pas pour autant fonder un "droit de la compliance" qui prendrait son autonomie par rapport au "droit de la régulation". La compliance reste une méthode, notamment de la régulation économique* »[69]. Au sens étymologique, la méthode est un « *cheminement* » : « *Elle est conçue comme un enchaînement raisonné de moyens en vue d'une fin, plus précisément comme la voie à suivre pour parvenir à un résultat* »[70]. De fait, la *compliance* est une méthode utilisée par le législateur pour parvenir à un résultat : obliger l'entreprise à atteindre des objectifs d'intérêt général. Reconnaître que la *compliance* est une méthode empêche-t-il la reconnaissance d'un droit de la *compliance* ? Le droit étant « *un ensemble de mécanismes d'organisation des sociétés et de régulation des relations sociales* », [71] la réponse semble négative. Le droit est, en effet, lui-même, une méthode d'organisation des sociétés.

Désigner la *compliance* comme une méthode par opposition à un droit semble donc peu pertinent, en réalité il s'agit plutôt de réduire la *compliance* à une technique juridique : « *la technique juridique englobe l'ensemble des moyens et procédés, de quelque nature qu'ils soient, matérielle ou intellectuelle, par lesquelles se réalise le droit. Cela peut englober une technique de fond, de caractère politique, qui fournit la matière originaire des règles et une technique de mise en forme, visant à rendre efficace au point de vue de l'application effective, les règles et leur contenu* »[72]. Maître Feugère signale ainsi que la *compliance* « *réside moins dans la matière que dans une nouvelle manière de concevoir le droit et de le faire vivre* » [73]. À cet égard, le Professeur Gaudemet précise également que « *ce qui caractérise fondamentalement la compliance n'est pas la discipline juridique qu'elle englobe, mais la technique qu'elle introduit* »[74], ainsi « *si la compliance fait voir une originalité, c'est surtout, une fois encore, dans les techniques, de droit comme de gestion, qu'elle impose aux entreprises les plus importantes de mettre en œuvre pour garantir l'application effective des règles de droit*

[69] L. RAPP et P. TERNEYRE, « De la conformité à la compliance dans la régulation économique », *Le lamy droit public des affaires*.
[70] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2e éd., 2016, p. 1.
[71] *Ibidem*.
[72] *Ibid*, p. 21.
[73] W. FEUGÈRE, art. cit.
[74] A. GAUDEMET, « What is compliance ? », *RED*, septembre 2020, n°1, p. 90.

de l'entreprise qui s'appliquent à elles »[75]. La *compliance* est ainsi réduite par le Professeur Gaudemet à une technique d'efficacité de la règle de droit, destinée à « *encourager les entreprises à surveiller elles-mêmes la bonne application des règles en leur sein, à leurs propres frais en internalisant le monitoring, en facilitant l'identification et le signalement des violations et en sanctionnant elle-même les contraventions* »[76]. Elle serait donc, d'après le Professeur Gaudemet, « *peut-être plus une question d'organisation que du droit* »[77]. Pourtant, tout dans la règle juridique, quelle qu'en soit la source, est construction et, en ce sens, œuvre de technique. La technique juridique ne peut donc pas être exclue du droit. La technique ne concernerait, en revanche, que la forme du droit et non sa matière[78]. Cette vision réductrice de la *compliance* exclurait donc l'existence d'une branche du droit propre à la *compliance* qui « *ne serait alors que la servante de tous les autres corpus réglementaires* »[79]. L'assimilation de la *compliance* à une technique juridique peut par ailleurs être confortée par l'éparpillement de la matière dans les différentes branches du droit qui « *pourrait constituer l'obstacle le plus radical à ce que le Droit de la Compliance se constitue en lui-même. En effet, l'on en reviendrait à confondre la Compliance et la "modernisation" du Droit lui-même en son ensemble, puisqu'il ne s'agirait que de parfaire chacune des branches classiques du système juridique* »[80]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche prône au contraire la construction d'une « *nouvelle branche du droit* », le droit de la *compliance*, « *afin de la soustraire à l'arbitraire, d'en classer les règles et limiter les usages* »[81]. L'éparpillement législatif de la *compliance* à travers les différentes branches du droit justifierait donc la construction d'un droit de la *compliance* qui ne pourrait être réduit à une technique juridique en raison de la politique juridique qui s'y attache[82].

12. La reconnaissance d'un droit par une conception politique de la *compliance*. La dimension politique de la *compliance* justifierait donc pour le Professeur Frison-Roche la construction d'un droit de la *compliance*. C'est cette dimension politique qui a été, par exemple, au cœur des réflexions européennes concernant la régulation d'internet. Le secrétaire d'État au Numérique a ainsi commandé un rapport en décembre 2018 au Professeur Marie-Anne Frison-Roche sur la manière dont « *le droit de la compliance pouvait permettre de rendre effectives les décisions politiques dans la numérique* »[83]. La *compliance* permet donc la réalisation d'objectifs politiques.

---

[75] A. GAUDEMET, « Qu'est- ce que la compliance ? », art. cit.

[76] A. GAUDEMET, « What is compliance ? », art. cit.

[77] *Ibidem*.

[78] J.-L. BERGEL, *op. cit*.

[79] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance dans le projet européen », juillet 2023, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-deploiement-du-droit-de-la-regulation-par-le-dr/.

[80] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », 18 juin 2020, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-droit-reve-de-la-compliance/.

[81] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », art. cit.

[82] J.-L. BERGEL, *op. cit*., p. 4.

[83] M.-A. FRISON-ROCHE, « Gouvernance d'internet : " nous sommes face à un enjeu de civilisation " », *LPA*, 18 juillet 2019, n° 146q1, p. 4.

La dimension politique de la *compliance* constituerait plus encore la légitimation des techniques de *compliance* qui, à défaut, ne serait « *qu'une violence infligée aux entreprises* »[84]. Il faut, en effet, prendre conscience du coût de la *compliance* pour l'entreprise « *c'est pourquoi il faut les protéger des condamnations imprévues et aléatoires en respectant les règles classiques du droit : normes générales connues et préalablement établies, application non-casuistique, etc… il faut donc construire un véritable droit de la compliance* » [85].

B. La notion d'entreprise au cœur de la compliance

13. L'entreprise, sujet de la *compliance*. La définition du droit de la *compliance* que retient cette thèse est celle d'un droit qui internalise dans certaines entreprises, les « *opérateurs cruciaux* », le devoir de rendre effectif des « *buts monumentaux* » que les autorités publiques ont formulés et que ces entreprises doivent rendre mondialement effectifs[86]. Le droit de la *compliance* fait peser des obligations *ex ante* sur l'entreprise **«** *parce qu'elle détient l'information* »[87] et qu'elle a le pouvoir de remédier aux risques[88]. La loi de *compliance* est donc pragmatique : « *elle identifie le pouvoir économique et le charge d'assumer les responsabilités qui découlent de ce pouvoir* »[89]. Étudier la *compliance* suppose ainsi de viser l'entreprise en tant que réalité économique, et non uniquement la société au sens formel[90]. Bien que le secteur public ne soit pas exclu de la *compliance*[91], cette thèse se concentre sur l'application du droit de la *compliance* aux entreprises du secteur privé. Cette notion d'entreprise ne faisant pas l'objet d'une définition légale, il convient au préalable de la préciser.

14. La notion d'entreprise oubliée du droit. L'entreprise a été dès l'origine au centre de la construction communautaire. La première définition de l'entreprise est en effet, annoncée à l'article 80 du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Celle-ci étant incomplète[92], la Cour de justice a été amenée à l'affiner dans un arrêt Mannesman du 13 juillet 1962[93]. Selon ce dernier, une « entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé ». Curieusement, l'entreprise est à

---

[84] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'aventure de la compliance », *D.* 2020, 1805.

[85] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[86] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au Droit de la compliance », 14 avril 2017, disponible en ligne : http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la- complianc/.

[87] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p.45.

[88] J.-B. RACINE, « Le déploiement du devoir de vigilance dans un contexte transnational », *JCP E*, n° 31-35, 03 août 2023, 1241.

[89] *Ibidem*.

[90] *Ibid*.

[91] v. notamment A. OUMEDJKANE, *Compliance et droit administratif*, thèse Montpellier, P. IDOUX (dir.), 2022.

[92] Aux termes de l'art. 80 du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, sont des entreprises celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier sur le territoire européen des États membres.

[93] CJCE, 13 juillet 1962, Mannesmann AG c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, aff. 19/61, Rec., p. 675.

peine mentionnée dans le traité de Rome : « *le mot est employé à l'article 43 CE relatif à la liberté d'établissement, de manière presque subreptice, la gestion et la constitution d'entreprises, apparaissant comme l'une des formes d'accès et d'exercice d'une activité* »[94]. Elle sera par la suite visée dès l'intitulé de la première section relatif aux règles de concurrence, sans toutefois n'être jamais définie : « *L'entreprise est ignorée du droit. Et quand il en fait mention, c'est à des fins particulières sans souci ni de la concevoir ni de la régir* »[95]. Il n'est dès lors pas étonnant que la notion d'entreprise ait été au cœur de la jurisprudence de la Cour de justice qui précisa postérieurement à son arrêt Mannesman un élément déterminant de cette qualification : l'offre de biens ou de services sur un marché[96], au contraire de la structure juridique, de la personnalité, de la finalité sociale et du mode de financement de l'entité[97].

L'entreprise a tardivement pénétré le droit français constituant, à l'image du droit européen, un « *présupposé* », c'est-à-dire un objet exogène auquel les textes font plusieurs fois référence sans jamais l'expliciter[98]. Ainsi peut-on lire dans l'article L123-12 du code de commerce : « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise », ou encore dans l'article 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie... », et dans l'article 25 de la loi du 10 septembre 1947 sur les coopératives : « Aucune modification entraînant la perte de la qualité de coopérative ne peut être apportée aux statuts, sauf lorsque la survie de l'entreprise ou les nécessités de son développement l'exigent ». L'entreprise constitue surtout une référence dans certains droits spéciaux, mais cette référence « *ne remet pas en cause fondamentalement l'ignorance dans lequel le droit est de l'entreprise* » [99]. À cet égard, le Professeur Lyon-Caen souligne que le droit est purement instrumental dans ces droits spéciaux : « *Les fins poursuivies sont fixées dans des savoirs où le droit n'a pas sa place au point que le droit de la concurrence contemporaine constitue, à peu de chose près, un manuel de micro-économie. Dans cette perspective, où la seule forme d'organisation qui importe et imprime sa marque sur la désignation des choses et des êtres est le marché concurrentiel, l'entreprise constitue l'agent sur un tel marché, un centre de décision autonome sur le marché. La notion ainsi forgée est propre à la police de la concurrence et n'a pas vocation à servir à d'autres fins* » [100]. Cette appropriation de la notion d'entreprise par les différents droits spéciaux participe de la difficulté à la construction d'une définition juridique de l'entreprise puisque « *chacune des dispositions légales ou réglementaires qui s'y réfèrent ne la saisit que sous certains de ses aspects seulement, sans en percevoir les autres et*

---

[94] L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2001, p. 191.

[95] A. LYON-CAEN, « le droit sans l'entreprise », *in* B. SEGRESTIN, B. ROGER, S. VERNAC (dir.), *L'entreprise – Point aveugle du savoir*, Sciences Humaines, Essais, 2014, p. 21-31.

[96] CJCE, 23 avr. 1991, Höfner c/ Macroton, aff. C-41-90, Rec., p. I-01979.

[97] C. GAVALDA, G. PARLEANI et B. LECOURT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 7e éd., 2015, p. 331 et sv.

[98] A. LYON-CAEN, art. cit.

[99] *Ibidem*.

[100] *Ibid*.

l'appréhender dans sa globalité »[101]. Par exemple, le droit du travail ne conçoit pas d'entreprises sans salariés, le droit de la concurrence d'entreprise sans activité marchande, le droit des biens d'entreprise sans valeur économique[102].

15. La notion d'entreprise saisie par la doctrine. La littérature juridique a tenté de préciser les contours de la notion d'entreprise. Les Professeurs Cozian, Viandier et Deboissy la définissent par exemple « *comme un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce regroupement, en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique* »[103]. L'entreprise constitue donc une entité organisée destinée à produire des biens économiques. Le Professeur Lamarche intègre à cette définition économique la notion d'intérêt définissant l'entreprise comme « *un centre autonome de décision exerçant une activité de nature économique* ». C'est cette capacité décisionnelle qui ai prise en compte par le juge français pour reconstituer la réalité d'une entreprise en passant outre les simples apparences de différentes formes juridiquement indépendantes, par exemple pour justifier l'extension d'une procédure de liquidation judiciaire[104] ou pour déterminer l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle[105]. L'entreprise, en tant que réalité matérielle, est ainsi distinguée de la société, fiction juridique définie par des textes de loi[106].

L'entreprise n'a pas d'existence juridique : on ne peut pas lui affecter juridiquement des responsabilités, des devoirs ou des intérêts à prendre en compte. Le rôle que l'entreprise est appelée à jouer pour l'ensemble de la collectivité est pourtant un aspect essentiel dans les discussions doctrinales, tant en France qu'aux États-Unis[107]. L'idée que l'entreprise concourt à l'intérêt général et qu'il faille que ses intérêts convergent avec les aspirations de la collectivité se diffuse, ce qui entre en contradiction avec une vision capitalistique de l'entreprise. Cette dernière pensée comme réalité économique extérieure au droit serait, pour le professeur Deakin, la cause, outre la financiarisation des économies des pays développés, d'un processus entraînant

---

[101] T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD Com*. 2006, p. 709.

[102] *Ibidem*.

[103] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 31e éd., LexisNexis, 2018, §27.

[104] Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10.094 ; *D.* 2005, p. 1225, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, obs. D. ROBINE et J. MAROTTE ; *JCP* 2005, II, 10088, note O. BOURU et M. MENJUCQ ; *RTD Com.* 2005, n° 3, p.541, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

[105] Aut. conc., déc. n° 22-D-06, 22 févr. 2022, relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité ; Aut. conc., déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes ; Cass. com., 6 janvier 2015, n° 13-21.305 ; *AJCA* 2015. 129, obs. M. PONSARD ; *AJCA* 2015. 169 obs. G. PARLEANI ; *RTD civ.* 2015. 388, obs. H. BARBIER ; *D.* 2016, p. 964, obs. D. FERRIER ; *RTD eur.* 2016. 374-28, obs. F. ZAMPINI ; *AJDA* 2020. 2540, obs. P. IDOUX.

[106] G. AUZERO, « La distinction de l'entreprise et de la société », *in* F. LARONZE (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 19-30 ; N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018.

[107] P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, Droit & Économie, 2013, p. 632.

« *une perte de légitimité ainsi qu'une perception néfaste de l'entreprise en tant qu'instrument d'insécurité pour les travailleurs, de concurrence déloyale pour les États, de risques pour la santé physique et psychique des personnes* »[108]. À cet égard, le professeur Vernac précise que « *le droit permet un éclatement de l'entreprise, répartition entre les sociétés d'organisations plurisociétaires des activités, ressources et responsabilités entre personnes morales distinctes qui constituent autant de centres distincts de coûts, profits et risques* » [109]. Le cadre juridique serait ainsi « *devenu corrupteur et concours aux maux dont souffre aujourd'hui l'entreprise* »[110]. Dans ce contexte, la *compliance* place au cœur des préoccupations de l'entreprise des « *buts monumentaux* » [111] lui rendant sa « *dimension morale* »[112] et sa légitimité.

16. L'adéquation de la notion d'entreprise avec les objectifs de la *compliance*. La *compliance* a pu être décriée comme une « *violence* » faite aux entreprises, dont l'objet social serait réduit à faire du profit[113]. Cette vision doit être dépassée, la société et le marché en particulier ayant renforcé ses exigences éthiques dans le comportement des entreprises : « *ce qui était accepté hier ne l'est plus aujourd'hui, que ce soit du point de vue des violations des droits humains ou que ce soit du point de vue des grands enjeux environnementaux contemporains* »[114]. Les résultats régulièrement délivrés par les instituts d'étude démontrent, par ailleurs, que les consommateurs ont intégré dans leur processus décisionnel des paramètres éthiques[115]. La tendance croissante des actionnaires des sociétés cotées en bourse à soulever des questions éthiques au cours des assemblées générales manifeste également l'importance croissante de la question éthique pour les investisseurs[116]. Les jeunes générations y sont enfin de plus en plus sensibles, que ce soit dans leur mode de consommation ou dans le choix de leur employeur[117]. Les entreprises s'engagent donc volontairement à atteindre des objectifs

---

[108] S. DEAKIN, « Le modèle anglo-américain de l'entreprise », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières, perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, 2015, p. 187.

[109] S. VERNAC, « Du bon gouvernement de l'entreprise en société », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 85.

[110] *Ibidem*.

[111] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au Droit de la compliance », art. cit.

[112] P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, p. 21.

[113] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[114] B. PARANCE, art. cit.

[115] P. ROBERT-DEMONTROND, « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Économica, Gestion, 2012, p. 57-61 ; N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et donneurs d'ordres », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, Pédone, 2016, p. 453-455.

[116] *Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics*, OCDE, 2001, p. 20 ; ORSE et C3D, « Loi PACTE & Raison d'être, et si on passait à la pratique ? », 2020, disponible en ligne, p. 32 ; N. CUZACQ, art. cit.

[117] A. DE LA COTARDIERE, « Construire une Europe de la Compliance lisible pour les entreprises », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 119-124.; ORSE et C3D, préc. ; *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, N. NOTAT et J.-D. SENARD, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018 ; *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés*

d'intérêts généraux à travers le mouvement de la Responsabilité sociale des entreprises. En imposant législativement des « *buts monumentaux* » aux entreprises, la *compliance* crédibilise cette volonté de s'engager de l'entreprise qui ne peut plus être accusée de greenwashing : « *Le droit de la compliance n'en appelle pas à la morale des agents qui le concrétisent, n'est pas à la disposition des entreprises qui en sont les sujets. Les entreprises doivent être responsables au sens classique du terme* »[118]. La *compliance* peut toutefois servir d'argument commercial pour l'entreprise en participant à la diffusion d'une image éthique de celle-ci[119]. Elle promeut une image positive de l'entreprise, augmentant ainsi son capital réputationnel[120].

17. Les avantages compétitifs de la *compliance* pour les entreprises. Le droit de la *compliance* est exigeant. Il exige de l'entreprise qu'elle mette en œuvre des moyens structurels importants et couteux afin d'atteindre des objectifs d'intérêts généraux et d'ampleur mondiale[121]. Le rapport d'information des parlementaires Raphaël Gauvin et Olivier Marleix sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 fait ainsi état d'un investissement initial d'un million d'euros pour une entreprise de taille intermédiaire, puis un coût annuel de six cent mille à huit cent mille euros[122]. Pour une multinationale, l'investissement initial s'élèverait quant à lui entre deux et cinq millions d'euros et le coût annuel serait doublé, se situant entre un et deux millions d'euros. À cet égard, le député Philippe Houillon a ainsi eu l'occasion d'exprimer son inquiétude pour la compétitivité des entreprises françaises qui pourraient subir des distorsions de concurrence puisque les entreprises étrangères ne sont pas liées par les mêmes contraintes[123]. Il prévient qu'en conséquence la France pourrait subir une diminution de son attractivité et une délocalisation des entreprises.

Une mise en œuvre effective de la *compliance* peut pourtant profiter à l'entreprise. La *compliance* crée, en effet, un environnement sécurisé profitable à l'entreprise appelé à devenir un avantage compétitif[124]. L'Autorité de la concurrence est elle-même convaincue « que les avantages des programmes de conformité l'emportent clairement sur leurs coûts s'ils sont bien

---

mères et des entreprises donneuses d'ordre, auteurs A. DUTHILLEUL et M. DE JOUVENEL, Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 39.

[118] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[119] L. DONNEDIEU DE VABRES, « L'entreprise citoyenne : vices et vertus de la compliance », *Gaz. Pal*. 15 septembre 2021, n° 426b6, p. 33 ; A. DE LA COTARDIERE, art. cit. ; J.-L. SAURON, « Le RGPD : outil ou entrave de la société d'information ? », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 75.

[120] R.-M. MELIK PARSADANIANTZ et J. CHUILON-CROLL, « Réputation et compliance, quels enjeux ? », *RJSP*, Janvier 2019, n° 16, 7.

[121] L. DONNEDIEU DE VABRES, « L'entreprise citoyenne : vices et vertus de la compliance », *Gaz. Pal*. 15 septembre 2021, n° 426b6, p. 33 ; *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, M.-A. FRISON-ROCHE, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019, p. 9.

[122] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, déposé le 7 juillet 2021, n° 4325, p. 46.

[123] Rapport n° 2628 de M. Potier, 11 mars 2015.

[124] J.-C. MARIN, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 67.

conçus »[125]. La *compliance* assure, en effet, la sécurité juridique de l'entreprise puisqu'elle impose d'identifier et de réduire les risques. Cette démarche est appréciée des actionnaires qui auront moins à craindre le risque d'une sanction pouvant obérer la rentabilité de l'entreprise[126]. Il s'agit également de protéger la réputation de l'entreprise[127]. Les autorités de régulation et de supervision rendent en effet publiques les sanctions infligées en communiquant sur leur site un résumé de l'affaire et la sanction prononcée. Elles peuvent également enjoindre l'entreprise contrevenante de publier la décision ou de la diffuser en interne. Ces informations sont ensuite largement reprises par les médias[128].

La *compliance* accroît les obligations pesant sur les opérateurs, mais également leur pouvoir. Le pouvoir des opérateurs est légitimé par la mission d'ordre public qui leur est confiée. Ils deviennent « *des régulateurs de second niveau* », ce qui nécessite un accès libre à l'information et un pouvoir de contrôle *ex ante*[129]. Les assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont ainsi accès à toutes les informations récoltées par l'État sur les bénéficiaires effectifs[130]. Ils bénéficient donc du même niveau d'information que les autorités publiques[131]. Suivant cet exemple, les pouvoirs des réseaux sociaux seront décuplés par la mise en œuvre du règlement des services numériques[132]. Leur connaissance des utilisateurs de leurs produits sera notamment affinée, en raison de la mission qui sera la leur de réguler le contenu des réseaux sociaux[133].

L'entreprise peut enfin faire une utilisation stratégique des lois de *compliance*. La protection des données personnelles peut par exemple avoir pour effet de bloquer l'expansion d'autres entreprises en leur refusant l'accès à des informations qui aurait pu les enrichir. En 2020, Apple a ainsi décidé de soumettre l'exploitation de l'*Identifier For Advisers* intégré à l'iPad ou à l'iPhone au consentement du consommateur, afin de protéger les données à caractère personnel de ses clients[134]. Cela a eu pour effet de clore l'accès à ces données notamment pour l'entreprise Meta dont l'actif repose sur l'exploitation de données, entraînant sa chute dans le cours de la

---

[125] Autorité de la concurrence, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, p. 5.

[126] N. CUZACQ, art. cit. ; L. DONNEDIEU DE VABRES, art. cit.

[127] E. DAOUD et H. PARTOUCHE, « Loi sapin II, RGPD, loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance », *RDA*, 1er avril 2018, n° 136,; R.-M. MELIK PARSADANIANTZ et J. CHUILON-CROLL, art. cit. ; *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 40.

[128] L. DONNEDIEU DE VABRES, art. cit.

[129] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 103.

[130] Article L. 561-2-2 du Code monétaire et financier ; S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 73.

[131] Article R. 561-58 du Code monétaire et financier.

[132] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020.

[133] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 103.

[134] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance by Design et Droit des données personnelles, causes de la chute financière et boursière de Meta », 4 février 2022, disponible en ligne.

bourse[135]. Facebook a accusé publiquement Apple de vouloir bloquer l'accès de ces données pour les entreprises publicitaires dans le but de développer son propre outil publicitaire[136]. L'entreprise étant américaine, elle n'est en effet soumise au Règlement européen de protection des données qu'en ce qui concerne ses clients établis sur le territoire européen.

Le Professeur Marie-Anne frison-Roche conclue ainsi que le droit de la *compliance* ne se construit pas au détriment des entreprises, mais à leur bénéfice « *notamment parce qu'elles deviennent bâtisseurs du marché européen. C'est une chance que les entreprises doivent saisir. Il leur suffit de la comprendre et de la traduire* »[137].

18. Plan. « *La connaissance du droit ne se réduit pas à une bonne mémoire. Elle suppose des méthodes appropriées fondées sur une logique, des raisonnements divers, des instruments techniques, des classifications, des qualifications, une terminologie riche et précise, des techniques d'expression adéquate* »[138]. L'hétérogénéité des conceptions de la *compliance* et son développement exponentiel à travers différentes branches du droit démontrent la nécessité de rechercher et d'établir précisément les éléments d'identification d'un droit de la *compliance* **(Partie 1)**. À ma démarche une objection pourra être opposée : celle d'une entreprise superfétatoire, travail de classification qui n'a d'autre utilité que pédagogique et de valeur que doctrinale, les divisions du droit ne modifiant en rien la situation concrète des sujets de droit[139]. Or, la multiplicité des types de divisions du droit proposées « *ne doit pas masquer leur objectif commun qui est de tracer des frontières entre les différentes règles spéciales, et entre celle-ci et le droit commun* » : « *la découverte de ces frontières est un élément nécessaire à la compréhension des règles qu'elles séparent* » et facilite l'identification des normes applicables à une situation de fait[140]. Cette opération de qualification juridique est nécessaire pour découvrir le régime applicable **(Partie 2)**.

---

[135] *Ibidem*.

[136] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance by design, une arme nouvelle ? L'opinion de Facebook à propos des nouvelles dispositions techniques d'Apple pour protéger les données personnelles », 31 août 2020, disponible en ligne.

[137] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D.* 2018, 1561.

[138] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 2.

[139] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, p. 7.

[140] *Ibidem*.

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

19. L'identification des enjeux d'un droit de la *compliance*. Le sociologue Jacques Commaille a la conviction que « *les transformations de l'activité juridique ne peuvent se comprendre et ne peuvent être considérées en vue de tenter d'en maîtriser les effets sans que se soit effectué un détour par une observation systématique des mutations des sociétés* »[141]. La connaissance des conditions sociales et institutionnelles dans lesquelles se développe l'exercice d'une pratique serait « *un préalable nécessaire à une prise de conscience de la part des professionnels concernés face à ce qui est susceptible de les déterminer dans leurs actions, particulièrement quand les facteurs de cette détermination relèvent de changements globaux* »[142]. Il s'agit alors de comprendre ce qui constitue socialement, culturellement et politiquement les solutions juridiques pour lui donner la place stratégique qui est la sienne dans la régulation de nos sociétés. Il apparaît donc utile d'approfondir le contexte dans lequel s'est développée la *compliance* pour mieux comprendre sa croissance et permettre d'en affiner sa description **(Titre 1)**.

20. Les critères d'identification des normes relevant d'un droit de la *compliance*. La description de la *compliance* mérite d'être affinée eu égard aux divergences rencontrées : il y a « *autant d'auteurs que de définitions* »[143]. En 2016, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche constatait déjà que la compliance était « *une auberge espagnole* » et plaidait pour la construction d'« *un droit de la compliance* » en en recensant les éléments constitutifs[144] **(Titre 2)**.

---

[141] J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio. Essais, 2015, p. 15.
[142] *Ibidem*.
[143] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la compliance », D. 2016, 1871.
[144] *Ibidem*.

TITRE 1 : L'IDENTIFICATION DES ENJEUX D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

> « *Nous sommes mis en demeure par l'évolution du monde, des relations et des régulations juridiques de réévaluer les principes, les concepts et les outils du droit moderne, établis depuis plusieurs siècles, solidement pensait-on, mais qui montrent chaque jour davantage les limites de leur pertinence et de leur efficacité à capturer leur objet et à le faire comprendre. Nous sommes obligés de repenser les classifications et les catégories dans lesquelles les nouveaux objets qui émergent chaque jour, sortes d'ornithorynques du bestiaire normatif, se refusent obstinément à se laisser enfermer. À dire vrai, ces catégories sont tellement mises à mal qu'il nous faudra peut-être repenser à nouveau frais la norme juridique, voire le droit lui-même et probablement nous résoudre à inventer une nouvelle logique des normes* »[145].

21. L'assistance de l'État dans la réalisation de sa mission par la *compliance*. La globalisation fait naître de nouvelles problématiques que l'État ne parvient pas à maîtriser avec les réponses classiques du droit. Il doit donc penser une nouvelle manière de réguler les effets de la globalisation. À cet égard, la *compliance* internalise dans les entreprises le devoir de rendre effectifs des buts mondiaux monumentaux. Ce droit apparaît ainsi comme une alliance entre l'État qui demeure celui qui détermine les buts et les entreprises puissantes. La *compliance* prend appui sur cette puissance pour que ces buts soient atteints[146] **(Chapitre 1)**.

---

[145] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? » *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 17-48.

[146] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'invention de la vigilance : un terme nouveau pour une responsabilité en ex ante », 8 février 2021, disponible en ligne.

22. La mise en ordre d'un désordre législatif par la création d'un droit. Cette nouvelle forme d'intervention du législateur par la *compliance* participe à la complexification du droit en produisant de nouvelles normes de manière anarchique. L'accessibilité de ces normes aux sujets de droit nécessite l'édification d'un « *ordre construit* »[147] **(Chapitre 2).**

[147] F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique - Volume 1 : Règles et ordres*, trad. R. AUDOIN, PUF, Libre échange, 3e éd., 1992, p. 9 et s.

CHAPITRE 1 : LE DROIT DE LA *COMPLIANCE* AU SERVICE DE LA REALISATION DES MISSIONS DE L'ÉTAT

23. La *compliance* outil de régulation des effets de la globalisation. La globalisation est le fait direct des entreprises multinationales, qui sont désormais dotées d'une puissance économique et financière supérieure à celle de certains États[148]. Leur poids économique s'impose face à une puissance publique en recul et incapable de les réguler, faute d'outils adaptés et de moyens de faire prévaloir ses règles au-delà de leurs frontières[149]. La *compliance* est une réponse aux échecs de l'État à trouver des solutions satisfaisantes aux problématiques nées de la globalisation **(Section 1)**.

24. La *compliance,* instrument d'une guerre économique. La globalisation a gagné les systèmes juridiques eux-mêmes qui s'appliquent au-delà de leur territoire d'origine, et s'exportent et s'intègrent dans les ordres juridiques nationaux. Les différents systèmes juridiques « *ne se contentent plus de se côtoyer ni de se juxtaposer : ils s'influencent mutuellement et s'affrontent dans une logique d'efficience et de compétitivité érigée à l'échelle mondiale* »[150]. Cette diffusion de la norme est aujourd'hui considérée comme l'un des instruments de la puissance d'un État : la force des armes n'est plus « *l'instrument privilégié de la domination* », et « *la guerre est désormais de nature économique* »[151]. C'est dans cette

---

[148] K. MARTIN-CHENUT, « Développement durable, juridiction de protection des droits de l'Homme et métamorphose de la responsabilité », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutation ou métamorphose de la responsabilité ?*, Pedone, Mutations-Métamorphoses, 2016, p. 75 ; International Organisation of Employers, *Connecting the anti-corruption and human rights agendas: A guide for business and employer's organisations*, Septembre 2020, p.10, disponible en ligne ; J.-J. DAIGRE, « Compliance, entreprise et Europe » *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 61-64.

[149] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne-Tome 1*, Rapport d'information n°4299 présenté par J.-L. WARSMANN et P. LATOMBE, 29 juin 2021.

[150] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Droit des affaires, 2010, p. 42.

[151] *Ibidem*, p. 61 ; Sur le concept de « guerre économique » v. D. MAINGUY, « L'Art juridique de la Guerre économique », 23 février 2021, disponible en ligne : https://droitcontentieuxguerreeco.files.wordpress.com/2021/03/lart-juridique-de-la-guerre-economique-intro-17032021.pdf.

lutte dont le droit est l'objet autant que l'instrument que la *compliance* s'est développée **(Section 2)**.

SECTION 1 : LA *COMPLIANCE* OUTIL DE REGULATION DES EFFETS DE LA GLOBALISATION

25. La notion de « globalisation ». La notion de « *globalisation* » apparaît à la fin du XXe siècle pour désigner un « *processus historique d'extension à l'échelle du globe terrestre de la libre circulation des capitaux, des marchandises et des technologies de l'information, ainsi que d'intégration corrélative des peuples et des cultures* »[152]. Identifiée par Joseph Schumpeter comme « *la marque distinctive du capitalisme et le moteur d'un progrès perpétuel* », la globalisation est provoquée par une synergie entre idéologie néolibérale, priorité accordée aux biens marchands, libéralisation des échanges et avancées technologiques[153]. Elle entraîne une mobilité sans cesse plus grande des informations, des capitaux, des idées, des biens matériels et immatériels. Définie par le Professeur Anthony Giddens comme « *l'intensification des relations sociales planétaires, rapprochant à tel point des endroits éloignés que les événements locaux seront influencés par des faits survenant à des milliers de kilomètres, et vice-versa* »[154], elle unit le monde en un marché mondial « *simple, lucratif, mais brutalement compétitif* »,[155] car non régulé. Ainsi « *ce qui est caractéristique de la globalisation est de l'ordre de l'ouverture, de la déspatialisation, de la transnationalité* »[156].

La globalisation entraîne des phénomènes transnationaux que l'État ne parvient plus à maîtriser **(§1)**. Les problématiques nées de la globalisation impliquent, en effet, de « *réévaluer les principes, les concepts et les outils du droit moderne* » et « *repenser à nouveau frais la norme juridique, voire le droit lui-même et probablement nous résoudre à inventer une nouvelle logique des normes* »[157]. L'État doit donc réinventer ses moyens d'action face aux effets de la globalisation **(§2)**.

---

[152] *Globalization : Threat or Opportunity ?*, International Monetary Fund, 12 avril 2000 : « Economic "globalization" is a historical process, the result of human innovation and technological progress. It refers to the increasing integration of economies around the world, particularly through trade and financial flows. The term sometimes also refers to the movement of people (labor) and knowledge (technology) across international borders. There are also broader cultural, political and environmental dimensions of globalization that are not covered here ».

[153] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, Droit et société, 2003, p. 24 ; S. BOMMIER et C. RENOUARD, *L'entreprise comme commun : au-delà de la RSE*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2018, p.111.

[154] A.-J. ARNAUD, *op. cit*., p. 37.

[155] *Ibidem*.

[156] J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, Systèmes, 3e éd., 2020, p. 20.

[157] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? » *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 17-48.

§1. L'ECHEC DE L'ACTION CLASSIQUE DES POUVOIRS PUBLICS FACE A LA GLOBALISATION

26. L'échec de l'action classique des pouvoirs publics face à la globalisation. L'État est investi de la mission de garantie de l'ordre public sur son territoire. Cette mission est mise à mal par les conséquences de la globalisation **(A)** face auxquelles les réponses étatiques classiques apparaissent inadaptées **(B)**.

A. Les devoirs de l'État face aux problématiques nées de la globalisation

27. Les problématiques nées de la globalisation. La globalisation des activités économiques et financières « a fait de la planète un espace homogène où les flux de capitaux circulent librement »[158] permettant l'émergence d'une criminalité transnationale et d'atteinte aux droits de l'homme **(2)** que l'État se fait un devoir de sanctionner **(1)**.

1. Les responsabilités de l'État

28. L'État garant de l'ordre public. La notion d'« État » renvoie à un « *genre particulier de système juridique* » considéré comme « *souverain* » dans son organisation et ses rapports à des entités semblables[159]. Ce pouvoir souverain confié à l'État se justifie par la théorie du « *contrat social* » selon laquelle « *tout être humain est aussi libre qu'il a de pouvoir naturel (conçu selon les lois de la physique et non plus selon les canons d'une transcendance divine), mais une telle liberté est toujours menacée par celle des autres. Afin de survivre (Hobbes) et de s'épanouir (Locke, Rousseau), les individus y renonceront de manière irréversible, sous la condition que tout autre en fasse autant, afin de l'exercer collectivement* » [160]. L'État est ainsi une forme d'organisation dans laquelle les individus ont transféré leur pouvoir, c'est le « *dépositaire de la souveraineté, instrument du pouvoir politique, porte-parole de l'intérêt général* »[161]. Il est à ce titre investi de « *responsabilités fondamentales* » [162] et notamment celle de garantir l'ordre public sur son territoire[163].

---

[158] A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, Droit et société, 2010, p. 191.

[159] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 23e éd., 2021, p. 58 ; M. SIRINELLI et J. SORIN, *Questions de droit public*, Ellipses, Optimum, 2007, p. 37.

[160] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit.* p. 58 ; v. aussi M. SAOUDI, *Leçons d'introduction au droit public*, Ellipses, Leçons de droit, 2015, p. 15.

[161] *L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde*, J. PICQ, Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, mai 1994, p. 15.

[162] *Ibidem*, p. 39.

[163] v. « le rôle de l'État » disponible en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-role-de-l-etat ; M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p. 175.

Si la notion d'ordre public est difficile à appréhender parce que « *essentiellement protéiforme, équivoque, relative, circonstanciel, contingente, indéterminé, et singulièrement contradictoire puisque toujours maîtresse de sa nécessité, mais en même temps sujette à l'aléa de ses exigences concrètes dans un contexte factuelle donnée, tout à la fois impérative dans son principe, mais éminemment flexible dans ses implications pratiques* »[164], la notion est traditionnellement associée à la sécurité publique[165]. Monsieur Francis Lamy a ainsi précisé que l'ordre public repose sur deux piliers : « *la prévention et la répression pénale, la police administrative et l'ensemble pénal, de l'opération de police judiciaire à la maison d'arrêt et aux mesures de suivi lorsqu'elles existent* »[166]. La sûreté semble ainsi située au « *fondement du devoir qui pèse sur l'État de maintenir l'ordre public* »[167] **(a)**. Celui-ci est un objectif à valeur constitutionnelle[168] au service des libertés : « *La production de la sécurité publique c'est la défense des libertés et des droits de la personne, c'est la défense d'un ordre dont la finalité est la protection des libertés publiques, la sécurité des personnes et des biens en faisant partie intégrante* »[169]. Les « *libertés publiques* » dites également « *droits fondamentaux* » sont ainsi la finalité de l'ordre public[170] **(b)**.

a. La sécurité publique

29. La notion de « sûreté ». « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* »[171]. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 fait ainsi de la sûreté l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme que l'État se doit de garantir. Il s'agit, à l'origine, de la garantie accordée aux citoyens de la préservation de leur intégrité physique[172]. Ces exigences de sécurités ont évolué pour concerner d'autres problématiques telles que la sécurité environnementale par exemple[173]. Cette sûreté est assurée par les activités de police administrative et judiciaire[174].

30. La notion de « police administrative ». La notion de « police administrative » est souvent définie « *par son but qui est de limiter la liberté d'action des particuliers* »[175]. Il s'agit

---

[164] E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, numéro spécial, p. 55.

[165] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p. 175.

[166] F. LAMY, « La production de la sécurité publique », Intervention du 17 septembre 2015 lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, disponible en ligne.

[167] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*

[168] Cons. const., 27 juillet 1982, Communication audiovisuelle, n° 82-141 DC.

[169] F. LAMY, art. cit.

[170] CE, Benjamin, 19 mai 1933, n° 17413-17520, publié au recueil Lebon.

[171] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 2.

[172] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit*.

[173] *Ibidem*.

[174] *Ibid*.

[175] M. SAOUDI, *op. cit.*, p. 223.

de l'ensemble des mesures législatives et réglementaires prises par l'autorité publique « *en vue du maintien de l'ordre public* » [176]. Elle relève de la compétence du pouvoir exécutif et vise à encadrer les comportements des particuliers par voie de contrainte en prenant la forme de mesures d'autorisation ou d'interdiction[177]. Ces mesures ont un caractère préventif puisqu'il s'agit de prévenir certains risques d'atteinte à l'ordre public[178]. La police administrative comprend la « *police administrative générale* » qui « *vise à prévenir toute atteinte ou risque d'atteinte à l'ordre public* » pris dans une acception large et déterminée « *au cas par cas par le juge administratif* » [179]. La police administrative comprend également la « *police administrative spéciale* » qui vise des activités particulières sur la base d'un texte spécial s'appliquant à des particuliers[180]. Il en va ainsi de la « *police de l'économie* » dont le rôle s'est développé à mesure de la libéralisation du marché[181]. L'État a ainsi développé des techniques de régulation de l'activité économique tendant à assurer le maintien d'un ordre économique. Les auteurs parlent par exemple d'une « *police de la concurrence* » ou encore, d'une « *police monétaire et financière* » [182].

31. La notion de « police judiciaire ». La police judiciaire, quant à elle, a pour objet de « *réprimer les actes portant atteinte à l'ordre public dont le ministère public est garant* » [183]. Il s'agit donc d'une police répressive, ainsi « *si la police administrative semble intervenir pour prévenir certains actes et comportements, la police judiciaire intervient une fois ces actes ou comportements commis et constatés* » [184]. Il s'agit alors pour la police judiciaire de rechercher les auteurs de ces actes et comportements et de les traduire devant la justice pénale[185]. On comprend ainsi que la police judiciaire renvoie aux forces de police telle que la gendarmerie et la police nationale.

La prévention des atteintes à l'ordre public est, pour le Conseil constitutionnel, nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle. Par une décision du 25 janvier 1985, le Conseil constitutionnel juge ainsi que l'ordre public est le moyen « sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »[186]. La préservation de l'ordre public est donc

---

[176] M. SAOUDI, *op. cit.*, p. 223 ; M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p.180.
[177] M. SAOUDI, *op. cit.*, p. 223.
[178] *Ibidem*.
[179] *Ibid*.
[180] *Ibid*.
[181] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p. 175.
[182] *Ibidem*.
[183] M. SAOUDI, *op. cit.*, p. 223.
[184] *Ibidem*.
[185] *Ibid*.
[186] Cons. const., État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, 25 janvier 1985, déc. n° 85-187 DC ; *Revue administrative*, 1985, n° s.n., p. 355, note M. DE VILLIERS ; *JCP E*. 1985, n° s.n., note F. CLAUDE ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I-1985, p. 400-402, note B. GENEVOIS ; *D.* 1985. 361, note F. LUCHAIRE ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 1985, note P. WACHSMANN ; *D.* 2009. 473, obs. L. PHILIP et L. FAVOREU.

nécessaire à l'exercice des « *libertés publiques* » appelées désormais, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du droit comparé, « *droits fondamentaux* »[187].

b. La protection des droits fondamentaux[188]

32. La notion de « droits fondamentaux ». Le concept de « *droits et libertés fondamentaux* » est apparu en France il y a une vingtaine d'années[189]. La première présentation de ce nouveau concept avait été faite par Michel Fromont dans l'étude qu'il a consacrée aux « *droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA* » dans les Mélanges Eisenmann en 1975[190]. L'expression en droit allemand, et plus généralement en droit comparé, désigne ainsi « *les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales* » [191]. Cette définition formelle peut être combinée avec une définition matérielle des droits fondamentaux qui désignent alors un droit « *qui revêt en lui-même, indépendamment de son support normatif, une importance axiologique particulière pour la société* »[192]. Les droits fondamentaux constituent ainsi « *l'existence d'une " raison " susceptible de s'imposer aux pouvoirs politiques : temps à l'intérieur des États–nations par la mise en place d'instance ayant vocation à être indépendantes, qu'à l'extérieur par l'institution de dispositifs supranationaux surplombants* » [193]. La protection de ces droits est donc renvoyée à l'État « *assigné précisément à garantir du " droit aux droits "* » [194]. Ces droits sont « *indisponibles* », c'est-à-dire qu'ils sont « *à l'abri des pouvoirs constitués : ils sont hors d'atteinte des pouvoirs législatifs et exécutifs qui ne peuvent les supprimer ou porter atteinte à leur substance même sans être sanctionnés par un juge (constitutionnel ou international)* » [195]. Leur effectivité est à géométrie variable selon qu'un droit est consacré par le droit national et européen **(i)** ou le droit international public **(ii)**.

---

[187] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p.180 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 1002 ; J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio. Essais, 2015, p. 313 ; D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, Cairn, Repères, 2011, p. 5.

[188] Note sémantique : Pour certains auteurs il convient de distinguer les notions de « droits fondamentaux » et « droits de l'homme » ; tandis que la notion de « droits fondamentaux » renvoie aux libertés inscrites dans le droit positif et garantie par lui, la notion de « droits de l'homme » est plus ambigüe puisqu'elle est issue de la tradition du droit naturel. v. D. LOCHAK, *op. cit*, p. 4. Pour d'autres, ces notions « désignent la même chose, mais à des moments différents » v. J.-J. SUEUR, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, p. 103-138.

[189] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 999.

[190] *Ibidem*, p. 1001.

[191] *Ibid*, p. 1002.

[192] C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Université, 2016, p. 8.

[193] J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 313.

[194] *Ibidem*.

[195] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 1002.

i. La protection des droits fondamentaux par le droit national et européen

33. La protection constitutionnelle des droits fondamentaux. La célèbre formule de l'article 16 de la Constitution selon laquelle « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » atteste du rôle du droit constitutionnel dans la garantie des droits fondamentaux[196]. Si à l'origine la Constitution de 1958 ne prévoyait pas expressément une protection constitutionnelle des droits de l'Homme, la décision du Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971 marque un tournant majeur[197]. Dans cette décision, le Conseil examina, en effet, la conformité d'une loi au Préambule de la Constitution de 1946[198]. En plus d'intégrer au bloc de constitutionnalité le Préambule, « *la décision de 1971 est aujourd'hui considérée comme le véritable acte de naissance du Conseil constitutionnel : non plus simple organe régulateur des pouvoirs publics, mais bien juge constitutionnel, en charge du respect d'une Constitution protectrice des droits et libertés fondamentaux* »[199]. S'ajoutent au bloc de constitutionnalité deux textes supplémentaires, d'une part la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Charte de l'environnement de 2004[200]. Le bloc de constitutionnalité est encore complété par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui découvre des « principes à valeur constitutionnelle » qui peuvent être dégagés de façon prétorienne par le Conseil, sans base textuelle, ou à partir d'une relecture des textes constitutionnels à l'instar du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine[201]. Le Conseil consacre également des « objectifs de valeur constitutionnelle » que sont, par exemple, la sauvegarde de l'ordre public,

---

[196] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2017, p.211.

[197] *Ibidem*.

[198] Cons. const., 16 juill. 1971, n°71- 44 DC, Liberté d'association ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1971, p. 1171-1204, obs. J. ROBERT ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 1971, p. 537-542, note J. RIVERO ; *D.* 1974, n° s.n., p. 83-90, obs. L. HAMON ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, n°VII-1991, p. 77, note F. LUCHAIRE ; *Les cahiers français*, janvier-février 2001, n° 300, p. 39-47, obs. D. ROUSSEAU ; *Revue française de droit constitutionnel*, 1er janvier 2014, n° 97, p. 5-120, note G. Boudou ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 283-308, note B. LECOQ-PUJADE ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 315-336, note D. MONGOIN ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 337-359, note M. PHILIP-GAY ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 361-375, note A. MANOUGUIAN ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 377-391, note L. ECK.

[199] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*.

[200] Intégrée à la liste de textes auquel le préambule de la Constitution de 1958 fait référence par la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005.

[201] Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94- 343/ 344 DC, Loi Bioéthique ; *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 1994, n°20, p. 799-811, note L. FAVOREU ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 1994, n° 3, M. DELMAS-MARTY ; *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 34-40, note J.-P. DUPRAT ; *D.* 1995, n°16, p. 237, obs. B. MATHIEU ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 1996, n° 1, p. 13-30, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; *D.* 1995, n° 27, p. 205, B. EDELMAN ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, novembre-décembre 1994, n° 6, p. 1647, obs. F. LUCHAIRE ; *Actualité législative Dalloz*, 26 octobre, 9-23 novembre 1995, n° 18-19-20, p. 149, obs. D. THOUVENIN ; *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 1994, n° 10, obs. B. MATHIEU ; LPA, 26 avril 1995, n° 50, note B. MATHIEU ; *JCP E.* 1994, n°39, C. BYK ; *Journal international de bioéthique*, 1996, n° 1996 - 1, p. 10-15, obs. M.-P. DESWARTE ; *D.* 1995, n° 36, p. 299, L. FAVOREU et T.-S. RENOUX ; *Revue française de droit administratif,* septembre-octobre 2015, n° 5, p. 869-875, obs. G. CLENARD.

la clarté de la loi, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, le bon usage des deniers publics ou encore la bonne administration de la justice[202]. Leur portée fait toutefois l'objet d'interrogations : bien que le Conseil constitutionnel semble leur reconnaître une pleine valeur constitutionnelle, ils sont souvent présentés par la doctrine comme du « *droit mou* », fixant des « *orientations* » ou assignant des « *finalités assez générales* », voire comme de « *simples techniques d'interprétation* »[203]. Le Conseil constitutionnel se refuse, en revanche, d'intégrer au bloc de constitutionnalité le droit international, et notamment européen, qui s'est développé concomitamment[204].

34. La protection des droits fondamentaux par les instruments européens. La préoccupation de la protection des droits fondamentaux par les institutions françaises et européennes est concomitante[205]. C'est, en effet, en 1971, que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est ratifiée. Son originalité tient en sa nature juridictionnelle, offrant un droit de recours individuel[206]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs enrichi le texte conventionnel par son interprétation évolutive prescrivant la nécessité d'interpréter la Convention « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »[207] découvrant « *dans le texte conventionnel le prolongement implicite de certains droits* » [208]. La Cour européenne des droits de l'homme a également développé la doctrine dite des « obligations positives de protection » investissant l'État du devoir de prévenir, et le cas échéant, de sanctionner la violation de la Convention commise dans les rapports entre personnes physiques ou entre personnes morales et personnes privées[209]. La Cour européenne a ainsi précisé, dans un considérant de principe d'une décision Libor Novak c/ République tchèque, que « la convention ne se contente pas d'astreindre les autorités des États contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter pour un État des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations d'individus entre eux »[210]. Si les vingt-sept États membres de l'Union européenne sont partis à la Convention européenne des droits de l'homme, ce n'est pas le cas de l'Union européenne. Dans

---

[202] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*., p.219.

[203] *Ibidem*.

[204] *Ibid*.

[205] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*, p. 299.

[206] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*., p.152.

[207] CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, n° 6833/ 74 ; CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, n° 6289/ 73.

[208] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*., p.155.

[209] S. VAN DROOGHENBROECK, « La convention européen des droits de l'homme et la matière économique », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 25-70 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*., p.159.

[210] CEDH, 13 novembre 2003, Libor Novak c/ République tchèque, n° 6525/00.

le Traité de Lisbonne toutefois, l'Union européenne a pris l'engagement juridique d'y adhérer[211].

L'Union européenne dispose de ses propres textes relatifs à la protection des droits fondamentaux. Pendant longtemps, les Communautés économiques européennes, puis l'Union européenne, ont été pensées comme une organisation internationale à vocation économique, en conséquence, le traité de Rome de 1957 ne se référait nullement aux droits de l'Homme, qui n'étaient dès lors pas davantage garantis[212]. Soucieuses de garantir les droits constitutionnels face au développement du droit communautaire, les cours constitutionnelles affirmèrent qu'« aussi longtemps que » l'ordre juridique européen ne présentera pas de garanties suffisantes en matière de droits fondamentaux, elles s'autoriseront à tenir en échec le principe de primauté du droit européen, de manière à faire prévaloir leurs standards nationaux en la matière[213]. En conséquence, la Cour de justice des communautés européennes a progressivement développé une protection prétorienne de ces droits, initié par l'arrêt Stauder de 1969 mentionnant que « les droits fondamentaux sont compris dans les principes généraux de l'ordre juridique communautaire » et que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect »[214]. Trois précisions sont par la suite apportées par la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt Internationale Handelsgesellschaft de 1970, quant à l'inscription des droits fondamentaux dans le contexte fonctionnel du droit communautaire[215]. La Cour précise en premier lieu que, contrairement aux affirmations des Cours constitutionnelles allemande et italienne précitées, « l'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre (…) ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »[216]. En second lieu elle estime que la sauvegarde des droits fondamentaux communautaires « doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » et enfin que leur source d'inspiration est de « traditions constitutionnelles communes aux États membres » [217]. Cette construction prétorienne a connu une consolidation textuelle progressive avec le traité de Maastricht énonçant en son article F §2 que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». L'attention portée par l'Union européenne à la problématique des droits fondamentaux va également s'exprimer à travers

---

[211] v. site du Conseil de l'Europe : https://www.coe.int/fr/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers.

[212] S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*., p.179.

[213] Arrêts So Lange I et Frontini rendus respectivement en 1974 et 1973 par le Bundesverfassungsgericht allemand et la Cour constitutionnelle italienne, v. S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *op. cit*.

[214] CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, C-29/69 ; CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11-70 ; CJCE, 14 mai 1974, Nold, C- 4/ 73.

[215] C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *op. cit.*, p. 31.

[216] CJCE, Internationale Handelsgesellschaft, 17 déc. 1970, C-11-70, pt. 3.

[217] CJCE, Internationale Handelsgesellschaft, 17 déc. 1970, C-11-70, pt. 4.

l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il fallut toutefois attendre le traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 pour que la Charte acquière valeur juridique contraignante par sa mention à l'article 6 § 1 du Traité sur l'Union européenne lui octroyant ainsi la même valeur juridique que les traités[218].

35. La complémentarité des normes constitutionnelles et européennes. Le contenu des normes constitutionnelles et européennes se complète. Les textes européens trouvent, en effet, leur fondement explicite dans les traditions constitutionnelles des États membres et les droits tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme[219]. La proximité conceptuelle de ces normes repose ainsi sur « *la croyance partagée que tout homme né et demeure titulaire d'un certain nombre de droits inaliénables et sacrés, et que l'exercice de ses droits ne peut s'épanouir que dans le cadre d'une société démocratique libéral* » [220]. On trouve au fondement des trois corpus juridiques le respect de la dignité humaine, le droit de se marier et de fonder une famille, le droit à un procès équitable et le droit à un recours juridictionnel effectif. Les niveaux d'interventions différents entre les trois Cours constituent un élément de complémentarité supplémentaire. Le Conseil constitutionnel intervient en effet, en amont de la promulgation de la loi, quand la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne interviennent une fois la loi appliquée[221]. Ces dernières peuvent ainsi apprécier tant la compatibilité intrinsèque de la loi que la façon dont les autorités nationales la mettent en œuvre. La portée de la décision du Conseil constitutionnel est toutefois plus importante puisqu'il prévient définitivement toute atteinte potentielle de la loi en amont alors que les jugements des deux cours européennes sont relatifs à la seule affaire jugée et leur exécution demeure subordonnée à l'attitude des États. Leur contrôle des pratiques néanmoins permet de condamner l'État lorsqu'il n'y a pas de texte, lorsque le texte est méconnu, ou encore imposer une évolution de la législation[222].

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution et les institutions européennes ont un but politique : il s'agit de limiter le pouvoir de l'État et de donner des droits aux individus[223]. Jean-François Renucci a ainsi écrit que les droits de l'homme « *peuvent se définir comme étant les prérogatives, gouvernées par des règles, que la personne détient en propre dans ses relations avec les particuliers et avec le Pouvoir* », le terme de « *pouvoir* » pouvant inclure tout pouvoir, y compris, « *le pouvoir économique* » [224]. Avec la globalisation en effet, il est apparu que les risques d'atteintes aux droits fondamentaux ne viennent plus seulement des États : dès lors « *après avoir encadré le pouvoir politique grâce aux droits de l'homme, n'est-il pas temps*

---

[218] C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *op. cit.*, p. 33.
[219] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit.*,p. 299.
[220] *Ibidem*.
[221] *Ibid*.
[222] *Ibid*.
[223] J.-B. RACINE, « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 7.
[224] *Ibidem*.

d'encadrer le pouvoir économique par le même moyen ? »[225]. Les droits fondamentaux apparaissent aujourd'hui dans le droit international public comme le souci d'« *humaniser la mondialisation* », notamment en remédiant à « *la faiblesse des droits de l'homme face à la puissance des marchés* » [226].

ii. La protection des droits fondamentaux par le droit international public

36. La définition du droit international public. Le droit international public est « *le droit qui régit les rapports entre états souverains* »[227]. Sa nature particulière tient au fait que la société internationale n'est pas régie par l'intervention d'un législateur unique, mais pluriel : « *c'est une pluralité d'État qui est à l'origine de la règle internationale* » [228]. Il puise sa source principale dans les traités bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États qui formalisent cette écriture collective du droit[229]. Le traité apparaît ainsi comme « *l'acte fondamental* », car il satisfait à la logique de souveraineté qui domine les relations internationales[230]. Il s'agit en effet d'un acte de volonté par lequel l'État consent à coopérer dans des domaines d'intérêt national. Le traité formalise ainsi la rencontre de la volonté de plusieurs états de créer entre eux des droits et des obligations. Un traité ne produit, toutefois, des effets juridiques que s'il est appliqué de bonne foi par les états signataires[231]. Certains traités bénéficient cependant d'un régime juridique particulier. Il en va ainsi des traités humanitaires dont l'objet est la protection de la personne humaine. Dans ce cas, un État ne peut invoquer le principe de non-réciprocité pour justifier son refus d'exécuter le traité.

37. Les obligations positives de protection des droits fondamentaux née des traités internationaux. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, plusieurs pays se sont accordés pour la première fois sur une liste exhaustive de droits de l'homme inaliénables. Le 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme est ainsi adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies[232]. Cet instrument représente un consensus de la communauté internationale sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels fondamentaux dont tous les êtres humains devraient jouir[233]. Une série de traités sur les droits de l'homme et d'autres instruments adoptés depuis 1945 ont donné une forme juridique aux droits inaliénables de l'homme et forgé un ensemble de droits internationaux de l'homme. Il s'agit notamment de l'adoption du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte

---

[225] J.-B. RACINE, *art. cit.*
[226] *Ibidem.*
[227] M. SAOUDI, *op. cit.*, p. 279.
[228] *Ibidem*.
[229] *Ibid*.
[230] *Ibid*.
[231] *Ibid*.
[232] « Le droit international relatif aux droits de l'homme » disponible sur le site des Nations unies : https://www.ohchr.org/fr/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law.
[233] A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, Droit et société, 2010, p. 172.

international relatif aux droits civils et politiques, dits « Pactes internationaux »[234]. Ensemble, la déclaration universelle et ces Pactes forment la Charte internationale des droits de l'homme. Lorsqu'un État devient parti à un traité, il assume l'obligation de « respecter, protéger et instaurer les droits de l'homme », ce qui implique, notamment, l'obligation positive de prendre des mesures pour faciliter l'exercice des droits fondamentaux[235]. D'autres instruments adoptés au niveau international permettent de mieux comprendre les droits fondamentaux, de les appliquer et de les développer. C'est ainsi le cas des principes directeurs des Nations Unies.

Les principes directeurs des Nations Unies reconnaissent fondamentalement « les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales »[236]. Les États ont ainsi, conformément au droit international des droits de l'homme « l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires »[237]. Les États sont donc soumis par les Principes directeurs des Nations Unies à l'obligation positive d'adopter toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective des droits de l'Homme sur leur territoire, mais également à l'étranger par les entreprises commerciales relevant de leur juridiction[238]. Le rapport précise que cette obligation constitue une « norme de conduite » et non pas une responsabilité des atteintes aux droits de l'homme commises par des acteurs privés[239]. Ils peuvent toutefois être réputés « avoir manqué à leurs obligations en vertu du droit international des droits de l'homme lorsque ces atteintes peuvent leur être attribuées ou lorsqu'ils ne prennent pas les dispositions voulues pour empêcher ces atteintes par des acteurs privés, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer »[240]. Le rapport préconise également aux États d'« énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités »[241].

---

[234] « Le droit international relatif aux droits de l'homme » disponible sur le site des Nations unies.

[235] *Ibidem*.

[236] NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, 2011, p. 1, disponible en ligne.

[237] *Ibidem*, p. 3.

[238] *Ibid*, p. 8. ; K. MARTIN-CHENUT, « Développement durable, juridiction de protection des droits de l'Homme et métamorphose de la responsabilité », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutation ou métamorphose de la responsabilité ?*, Pedone, Mutations-Métamorphoses, 2016, p. 75 ; CLAUDE (O.) et LEVY (A.), « Les enseignements des premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », RED, n°1, septembre 2020, p. 106 ; A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit.*, p.210 ; T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017, p.380 ; *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, NATIONS UNIES, 19 août 2010, A/65/310, p. 3.

[239] NATIONS UNIES, *op. cit*., p. 3.

[240] *Ibidem*.

[241] *Ibid*, p. 4.

L'efficacité des obligations conventionnelles internationales en matière de droit de l'homme dépend du concours des organes internes des États pour leur mise en œuvre[242]. Il n'existe pas, en effet, d'institution internationale pouvant imposer son autorité à un État qui n'aurait pas respecté ou aurait violé les règles impératives du droit international public[243]. Le succès, mais aussi la portée de ce droit en sont limités[244]. Aujourd'hui, l'opinion publique représente, toutefois, une puissance réelle : il s'agit d'une « *source nouvelle d'amplification des effets classiques des instruments conventionnels traditionnels* »[245].

L'adhésion aux traités internationaux démontre que les États ont conscience que la protection des droits fondamentaux ne peut plus être traitée isolément, mais nécessite une « *régulation globale* »[246]. Bien que certains auteurs parlent d'une « *globalisation des droits de l'Homme* »[247], le temps d'un « *droit global* »[248] n'est pas advenu. Certains auteurs désignent ainsi le « *droit global* » comme un « *droit d'absence* »[249]. Il revient encore aux États de trouver les moyens d'assurer le respect des droits fondamentaux dans un monde globalisé[250].

2. Les problématiques nées de la globalisation

38. Les problématiques nées de la globalisation. Les politiques de sécurité doivent, aujourd'hui, répondre à des « *menaces mondialisées* »[251]. En effet, si le crime organisé n'est pas une chose nouvelle : « *ce qui caractérise la nouveauté du problème actuel est la transnationalisation du crime organisé et sa transformation en criminalité systémique* »[252] **(a)**. Les menaces mondialisées ne sont pas, toutefois, l'apanage des organisations criminelles, elles proviennent également des acteurs économiques transnationaux dont le pouvoir est devenu tel qu'ils semblent incontrôlables **(b)**.

---

[242] A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, *op. cit*., p. 172

[243] M. SAOUDI, *op. cit*., p. 279.

[244] *Ibidem*.

[245] M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance », *RSC* 2017, p. 465.

[246] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 265.

[247] *Ibidem*, p. 146.

[248] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », art. cit.

[249] H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *in* B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 169.

[250] P. DEUMIER, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 671-696.

[251] J.-J. GLEIZAL, « Sécurité et globalisation », *RSC* 2004. 949.

[252] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 237.

a. Le développement d'une criminalité transnationale

39. La notion de « criminalité transnationale ». La majorité des auteurs ne semblent pas distinguer entre « *criminalité transnationale* » et « *criminalité internationale* »[253]. Le Professeur Julien Fernandez utilise ainsi, indifféremment, l'un ou l'autre de ces termes, qu'il définit comme « *une infraction grave dont l'origine ou les effets, directs ou indirects, impliquent plus d'un État* »[254]. Ces infractions sont alors caractérisées par « *un élément d'extranéité* » qui peut être « *extérieur à la souveraineté* », par exemple la haute mer, qui est un espace ne relevant de la souveraineté d'aucun État ; ou « *un élément qui fait rencontrer une souveraineté étrangère* », c'est-à-dire, qui affecte plusieurs États[255]. Cette dernière hypothèse implique soit que le crime perpétré produise des effets sur le territoire de plusieurs États, soit qu'il implique des auteurs et victimes de nationalités différentes, soit que son auteur ait quitté le territoire sur lequel il a commis son crime pour trouver refuge dans un État tiers[256]. Le Professeur Jean-Jacques Gleizal introduit, néanmoins, une subtilité dans la notion de « *criminalité transnationale* » en désignant une criminalité qui, tout en ayant des ramifications internationales, comporte des assises nationales lui permettant de pénétrer chaque société concernée[257].

40. Les facteurs de développement de la criminalité transnationale. Les recherches sur la criminalité transnationale ont démontré que les effets de la globalisation, comme la porosité des frontières, la fluidité des capitaux et le développement des nouvelles technologies, ont facilité le développement et assuré la diffusion des activités criminelles telles que le terrorisme, le trafic de drogue ou le trafic de matériaux nucléaires[258]. La délinquance internationale exploite, notamment, les transactions commerciales internationales. Le commerce international est organisé en chaînes d'approvisionnement interconnectées, qui s'étendent dans le monde entier. Ces chaînes sont exploitées par des groupes criminels organisés afin de favoriser la diversité des flux financiers, y compris de produits d'infractions, tels que le trafic de drogue ou le financement du terrorisme[259]. La nature dynamique du commerce international y compris la diversité des biens et services échangeables, l'implication de nombreuses parties et la rapidité des transactions commerciales facilitent également le

---

[253] v. par exemple : D. VILLEGAS, *L'ordre mafieux – Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990,* Préface N. MOLFESSIS, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2018, vol. 180, p. 34 : « D'autres appellations, telles que syndicats du crime ou criminalité transnationale organisée, sont aussi utilisées parfois plus, à notre sens, pour démarquer celui qui l'emploie que pour marquer une différence concrète avec d'autres appellations ».

[254] J. FERNANDEZ, *Relations internationales*, Dalloz, Précis, 3e éd. 2021, p. 175.

[255] I. FOUCHARD, « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 71, p. 49-81.

[256] *Ibidem*.

[257] J.-J. GLEIZAL, art. cit.

[258] *Ibidem* ; J. FERNANDEZ, *op. cit*., p. 173.

[259] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce : Tendances et évolution*, GAFI/EGMONT, 9 décembre 2020, p. 5.

blanchiment de capitaux commerciaux[260]. À côté de cette criminalité « *traditionnelle* » s'est développée une criminalité « *contemporaine* », comme la « *cybercriminalité* » qui consiste pour les réseaux criminels à profiter de l'anonymat dans l'espace virtuel pour commettre des actes illégaux allant de la simple reproduction illégale d'œuvre culturelle jusqu'aux nouvelles formes de terrorisme[261]. Dans le contexte international, ces facteurs favorisent, en effet, des tendances fondamentales des organisations criminelles : la maximisation des opportunités criminelles et la minimisation du risque émergeant de l'activité elle-même[262]. Les organisations mafieuses allient une organisation extrêmement autoritaire et une structure en réseau particulièrement flexible, qui s'adaptent avec facilité aux mutations de la scène internationale, assimilant les innovations technologiques et répondant avec rapidité aux tendances de développement du commerce des transactions financières[263]. La criminalité s'est ainsi « *internationalisée* »[264] en exploitant les effets de la globalisation, qui est le fait des opérateurs économiques transnationaux.

b. Le développement d'acteurs économiques transnationaux incontrôlables

41. L'avènement des multinationales[265]. La globalisation est l'œuvre des entreprises : ce sont elles qui la réalisent, car ce sont elles qui exportent, importent et investissent à l'étranger[266]. Au cours des quarante dernières années, la globalisation a permis l'enrichissement d'un certain nombre d'acteurs économiques[267]. L'essor des entreprises communément appelées « *multinationales* » a eu en effet pour tremplin deux effets directs de la globalisation : l'élargissement du marché et le progrès technique[268]. En s'internationalisant, les entreprises deviennent plus grandes, elles peuvent plus et mieux investir dans la recherche et le développement, ce qui leur permet d'augmenter leur part de marché dans leur pays d'origine,

---

[260] *Ibidem*.

[261] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 237 ; A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, *op. cit*., p. 121 ; J. FERNANDEZ, *op. cit*., p. 173.

[262] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 237.

[263] *Ibidem*.

[264] S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme,* Dalloz, 2021, p. 69.

[265] La plupart des auteurs utilisent indifféremment les termes de « multinationales » et « transnationales », ainsi selon le professeur LEBEN « [o]n appelle entreprise multinationale (EMN) ou société transnationale (appellation la plus courante dans les publications des Nations Unies), un groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des États différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés mères » v. C. LEBEN, « Entreprises multinationales et droit international économique », *RSC* 2005. 777 ; v. également A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, *op. cit*., p. 198 : « En bref, les entreprises sont dites transnationales quand elles développent leurs diverses activités, ventes, achats et opérations de valeur ajoutée dans plus d'un pays, font des investissements directs à l'étranger, contrôlent et gèrent des établissements de production ou d'autres activités de plus-value sur plusieurs territoires ».

[266] F. LEVEQUE, *Les entreprises hyper-puissantes. Géants et Titans, la fin du modèle global ?,* Odile Jacob, 2021, p. 135.

[267] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 68 ; F. LEVEQUE, *op. cit.*.

[268] F. LEVEQUE, *op. cit.*, p. 10.

dans les pays où elles sont présentes et de conquérir d'autres pays[269]. Ces entreprises multinationales réalisent près de quarante pour cent de la production mondiale ainsi que les deux tiers des exportations mondiales[270]. Les profits des entreprises n'ont néanmoins jamais été aussi élevés et inégalement répartis[271]. Les multinationales concentrent ainsi une part croissante de l'économie estimée à plus de dix mille milliards de dollars, creusant l'écart avec les autres entreprises par leur part et leur pouvoir de marché, leur profit et leur productivité[272]. La globalisation a ainsi entraîné la réussite économique des entreprises qui ont su l'exploiter. Les États entendent profiter de cette réussite économique, ce qui a une répercussion directe sur le droit.

42. La thèse de la « concurrence régulatoire ». Le Professeur Benoît Frydman souligne que les multinationales, qu'il nomme acteurs transnationaux, ne sont plus les sujets d'un ordre juridique prédéterminé dont elles subissent la contrainte et, le cas échéant, les sanctions, mais qu'elles se trouvent au contraire placées « *devant un paysage fragmenté, une mosaïque d'ordres juridiques, qui correspond en gros à la carte politique du monde, divisée en États* » dont elles peuvent tirer parti[273]. Elles se trouvent en effet « *dans une situation de « forum shopping », selon l'expression forgée par les spécialistes du droit international privé, c'est-à-dire en situation de « faire son marché entre les différents ordres juridiques nationaux* », créant un « *marché global des droits nationaux par la mise en concurrence de ces ordres juridiques entre eux* »[274]. Cette thèse de la « *concurrence régulatoire* » tend à privilégier « *l'ordre le moins disant sur le plan normatif* » [275]. Les obligations juridiques, incluant les prestations sociales et fiscales et les contraintes environnementales, sont, en effet, perçues comme des coûts qu'il s'agit de minimiser « *dans la quête incessante à la maximisation du taux de profit* » [276]. Cette situation donne lieu aux pratiques des délocalisations qui entraînent un certain nombre d'incidences négatives.

---

[269] *Ibidem*, p. 36.

[270] *Ibid*, p. 21.

[271] *Ibid*, p. 40 : « le constat a d'abord été établi pour les entreprises aux États-Unis ou les données comptables, en particulier des firmes cotées en Bourse, sont riches, anciennes et accessibles, et les économistes fort nombreux. Pour ces entreprises, le profit mesuré par le retour sur le capital investi a plus que doublé en trois décennies (1980-2013). (…) L'écart s'accroît entre les entreprises les plus profitable et les autres. Au cours des trente dernières années, il a doublé, passant de 1 à 3 à 1 à 6, pour le retour sur le capital investi, entre le profit des 10 % des entreprises les plus profitables et celui des 50 % les moins profitables. Autre comparaison, le profit a augmenté de 1,6 fois pour les premières tendit qu'il n'a connu qu'une hausse de 2 % pour le quart des entreprises les moins profitables. L'augmentation spectaculaire moyen des profits est tiré par l'augmentation encore plus spectaculaire des profits des entreprises du haut du tableau. ».

[272] *Ibid*, p. 63.

[273] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? » *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, p. 17 ; v. également : H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, art. cit.

[274] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », art. cit. ; sur la question du *forum shopping* v. également J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit*., p. 183.

[275] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », art. cit.

[276] *Ibidem*.

43. Les problématiques liées à l'activité des multinationales. Les multinationales sont les premières bénéficiaires de la globalisation qui a eu pour effet de permettre aux entreprises de cibler un marché plus vaste en exportant ou en investissant sur place[277]. Ces dernières se délocalisent[278] ainsi, au gré d'avantages juridiques et fiscaux, ou profitants de statut *offshore*[279]. Les auteurs observent ainsi l'élaboration des stratégies des multinationales en fonction du « *moindre coût légal* »[280]. Ces stratégies exacerbent la concurrence normative à laquelle se livrent les États afin d'attirer les investissements des multinationales sur leur territoire[281]. Les délocalisations dans des pays aux législations moins soucieuses de l'environnement et des droits de l'homme sont source de dégâts environnementaux et d'atteinte aux droits fondamentaux des populations locales. Le Parlement européen tire, par exemple, le constat de l'atteinte aux droits des populations locales par leur délocalisation sans consultation ni compensation adéquate lors de l'implantation d'entreprises pétrolières, gazières, minières ou de l'industrie alimentaire[282]. Profitant des opportunités ouvertes par le jeu de la loi de l'offre de la demande de main-d'œuvre, les entreprises transnationales transfèrent également des opérations de travail d'un pays à l'autre, déléguant les tâches ne relevant pas de la commercialisation finale du produit à des sous-traitants [283]. Ceux-ci sont généralement situés dans des pays émergents dans lesquels les coûts de production sont moindres. Ces coûts au rabais sont permis par de mauvaises conditions de travail, y compris des enfants[284]. Face à ces atteintes aux droits fondamentaux, un sentiment d'impunité règne.

44. Les obstacles à la sanction des multinationales. Le sentiment d'impunité à l'égard des multinationales est multifactoriel[285]. Il est d'abord dû à la protection des frontières : « *Les entreprises multinationales se jouent des frontières juridiques pour échapper à leurs responsabilités : des frontières des droits étatiques, mais également des frontières sociétaires,*

---

[277] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 33.

[278] Une entreprise délocalise quand elle transfère une partie de ses activités, de ses capitaux ou de ses employés vers un pays autre que celui dans lequel ils étaient présents auparavant.

[279] A. SUPIOT, « Introduction. L'entreprise face au marché total », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 15 ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit*., p. 149 ; F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 9.

[280] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit*., p. 149 ; D. DE SAINT-AFRIQUE, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? », *JCP E* 2017, n° 5, 1064 ; K. SONTAG, « La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, p. 569-640.

[281] A. SUPIOT, « Introduction », *in* A. SUPIOT (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, Conférences, 2019, p. 9-14.

[282] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), cons. 1.

[283] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 52 ; S. BOMMIER et C. RENOUARD, *op. cit*., p.111.

[284] *Ibidem* ; Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), cons. 1.

[285] P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique,* Armand Colin, Collection U, 2014, p. 119.

la responsabilité demeurant attachée à la personnalité morale »[286]. La globalisation a ainsi permis aux grandes entreprises de développer une délinquance économique et financière mondialisée, qui se joue des différences entre les États, leurs autorités de poursuites et leurs législations[287]. Elles bénéficient parfois de la complicité de leur État, soucieux de placer ses « *champions économiques* » sur le marché international, ce qui participe à « *un affaiblissement général des ordres publics nationaux* »[288]. Certains auteurs désignent ainsi la globalisation comme « *le processus par lequel des multinationales se rient des règles posées par les droits nationaux des pays dans lesquels elles officient, sans être en rien inquiétées par un droit communautaire ou international* »[289].

La grande complexité de l'organisation des multinationales ajoute au sentiment d'invulnérabilité. Dans son livre sur « *Les entreprises hyperpuissantes* », François Lévêque prend l'exemple de l'activité de vente de carburant de Total qui est présent dans une centaine de pays à travers un réseau de plus de 10 000 stations-service[290]. Ces dernières peuvent être soit possédées et gérées par une filiale nationale, soit possédées par celle-ci, mais gérées par un tiers, soit possédées et gérées par un distributeur indépendant[291]. Ce réseau d'entreprises que les multinationales organisent et maîtrisent, voire dominent et commandent, est difficile à identifier[292].

La capacité d'influence des multinationales est enfin une troisième raison au sentiment d'impunité. Les multinationales disposent, en effet, d'une capacité d'influence sur la population, parce qu'elles détiennent les principaux moyens de communication, d'information, et même de formation des hommes, leur conférant la maîtrise de l'opinion[293]. Elles sont ainsi devenues « *de vrais centres de décision de l'économie mondiale* »[294], s'infiltrant dans tous les aspects de nos vies quotidiennes. Ce constat est d'autant exacerbé en ce qui concerne les plates-formes numériques, qui sont devenues les « *maîtres de nos données* » : « *Ces derniers connaissent nos passions ainsi que nos addictions et les entretiennent ; ils vont de notre attention et conditionne notre consommation* »[295]. La capacité de manipulation des multinationales inquiète certains économistes qui y voient une menace pour les démocraties[296]. Cette menace est renforcée par le pouvoir d'influence de ces entreprises sur le pouvoir politique, non seulement via leurs dépenses directes de lobbying, mais aussi par leur capacité à orienter

---

[286] T. SACHS, art. cit.
[287] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit*., p.149.
[288] *Ibidem*.
[289] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 146.
[290] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 22.
[291] *Ibidem*.
[292] *Ibid*.
[293] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit*., p. 68.
[294] *Ibidem*.
[295] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 8.
[296] *Ibidem*.

le débat des idées et à mobiliser les experts spécialistes[297]. Certains observateurs en concluent qu'aujourd'hui que « *les entreprises gouvernent le monde* »[298].

45. Le pouvoir de l'État sur les multinationales. L'impuissance des États face aux multinationales doit être relativisée. Les États ont, en effet, leur rôle à jouer dans la globalisation : « *Ce sont les États qui décident d'ouvrir ou non leurs économies, d'effacer ou d'ériger des barrières commerciales. Ce sont les États qui décident de laisser entrer ou de fermer la porte aux firmes globales. Ce sont les États qui signent les traités internationaux de libre-échange et siègent dans les instances du commerce international* »[299]. Si les multinationales disposent effectivement de la capacité à influencer certaines décisions étatiques, « *leur lobbying intense ne fait pas pour autant des États leurs marionnettes* »[300]. L'entreprise Danone par exemple a dépensé jusqu'à cinq cent mille euros en lobbying à Bruxelles en 2019 et a invité, en août 2020, la Direction générale de la justice à considérer non plus la loi de 2017 sur le devoir de vigilance[301], mais la loi Pacte de 2019[302], comme « *référence* » pour un cadre européen « *car elle permet aux entreprises — sur une base volontaire — de prendre davantage en considération les enjeux sociaux et environnementaux pouvant constituer un avantage compétitif* »[303]. Pour autant le Parlement européen a adopté en juin 2023 une directive sur le devoir de vigilance. La capacité des multinationales à influencer les choix étatiques n'est donc pas absolue. Les États ont certes, besoin des entreprises « *pour l'emploi de leurs citoyens et assurer un niveau de bien-être à travers les richesses qu'elles créent* »[304], mais les entreprises ont également besoin des États, notamment pour faire respecter leurs droits de propriété.

Par ailleurs, s'il est vrai que les États ont des difficultés à sanctionner les multinationales, certains ont su mettre en œuvre des stratégies de poursuites et de sanctions redoutables et redoutées. Il en va ainsi du *Department of justice* américain[305] qui, le 25 juin 2022, a condamné la société britannique d'ingénierie Amec Foster Wheeler à payer la somme de quarante et un

---

[297] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 8 ; A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 265.

[298] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, *op. cit*., p. 68 ; S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, *op. cit*., p. 31 ; F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 8.

[299] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 135.

[300] *Ibidem*.

[301] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), JORF n° 0074.

[302] LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (1), JORF n° 0119.

[303] LES AMIS DE LA TERRE, « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », juin 2021, p. 18, disponible en ligne.

[304] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 135.

[305] Sur l'efficacité des pratiques américaines dans la poursuite et la sanction des entreprises multinationales v. *infra* Chapitre 2.

millions de dollars pour avoir versé des pots-de-vin à des fonctionnaires brésiliens[306]. Il en va également du *Serious Fraud Office* qui a condamné la même société à payer la somme de cent trois millions de livres pour des pratiques de corruption s'étalant sur une période de dix-huit ans.

L'État n'apparaît donc pas totalement impuissant face aux problématiques nées de la globalisation qui donne un prolongement international à des questions auparavant traitées dans un cadre exclusivement national comme l'environnement, la lutte contre le trafic de drogue ou le blanchiment d'argent sale[307]. Les responsabilités de l'État sont ainsi renouvelées par « *les changements du monde et de notre société* »[308] ce qui pose la question de l'adaptation de ses moyens d'action face à ces nouvelles formes de criminalité.

B. L'inadaptation de la réponse étatique aux problématiques nées de la globalisation

46. L'inadaptation de la réponse étatique aux problématiques nées de la globalisation. En l'absence d'un « *ordre juridique global* », le droit demeure l'apanage de l'État[309]. Or, si le pouvoir souverain s'exerce « *sur un territoire déterminé, mais partout à l'intérieur de ses frontières et sur toute personne qui s'y trouve* »[310], les problématiques nées de la globalisation nécessitent de sortir de ses frontières. Les pouvoirs publics rencontrent ainsi des difficultés à détecter et sanctionner les activités illicites transnationales **(1)** et notamment celles des multinationales **(2)**.

1. Les difficultés liées à la criminalité transnationale

47. La circonscription de la souveraineté de l'État dans un territoire identifié. Joseph Barthélemy définit l'État comme « *un groupement d'hommes, organisé dans une unité indivisible, sous une autorité autonome, à l'intérieur d'un territoire déterminé, en vue du bien commun de ses membres* »[311]. On peut retenir de cette définition trois conditions à l'identification d'un État : le territoire, la population et l'autorité politique[312]. L'État a donc besoin d'un territoire défini de « *domination politique et juridique* » sur lequel exercer sa

---

[306] B. LANGE, « Amec Foster Wheeler sanctionné pour corruption par les USA et le Royaume-Uni », 7 juillet 2021, disponible en ligne : https://outlook.skan1.fr/2021/07/07/amec-foster-wheeler-sanctionne-177-millions-etats-unis-royaume-uni-fcpa-sfo-dpa-corruption/.

[307] *L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde*, préc., p. 39.

[308] *Ibidem*, p. 6.

[309] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », art. cit.

[310] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit*., p. 58.

[311] J. BARTHELEMY, *Précis de droit public*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 1.

[312] A. HAQUET, *Droit constitutionnel en 11 thèmes*, Dalloz, Séquences, 2021, 3e éd., p. 96 ; J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 160 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, J.-L. MESTRE, *op. cit*., p. 58 ; M. SAOUDI, *op. cit*., p. 51.

compétence étatique, notamment de police[313]. Il dispose sur ce territoire du monopole de création du droit et de l'exclusivité de la contrainte pour l'imposer[314]. Le « *territoire de la puissance publique* » a donc pour caractéristique d'être clos et déterminé[315]. Cette caractéristique est exploitée par le criminel qui « *ne craint plus l'existence des frontières physiques. Au contraire, il utilise à son avantage la stabilité des frontières juridiques. Ces dernières se présentent comme une barrière, pour les États, à une véritable lutte contre ces formes de criminalité* »[316].

Internet est « *l'exemple phare de la globalisation au mépris de l'État* »[317]. En abolissant les frontières, il facilite le déplacement d'argent et les transactions commerciales qui donnent lieu à de nouveaux défis en matière de criminalité[318]. L'internet complique l'action de l'État notamment parce qu'il permet l'anonymat de l'utilisateur[319]. L'État ne dispose ainsi d'aucun moyen effectif et efficace pour contrôler ce qui s'échange sur ce réseau[320]. Les instruments de contrôle de l'État n'y sont pas adaptés, car il ne s'agit pas de traquer une structure conçue selon le format national et international classique, mais de structure systémique et en réseau, volatile par nature[321]. Les institutions de contrôle ont été créées dans le cadre de l'État et, pour cette raison, sont incapables par nature à cerner avec une réelle efficacité cette partie de la criminalité qui opère à une échelle globale devenue systémique[322].

De manière générale, les pouvoirs publics ne disposent pas de l'information nécessaire à la mise en œuvre de l'action publique. Celle-ci n'est pas à la portée de l'État parce que les opérateurs agissent en dehors de ses frontières, mais aussi parce que « *l'État a peu de ressources financières, humaines et technologiques pour mener à bien des enquêtes sur le territoire étatique, il n'en a, pour ainsi dire, pas du tout pour les enquêtes en dehors de son territoire* »[323]. Face à des crimes perpétrés, à dessein, sur plusieurs territoires étatiques, une « *internationalisation de la lutte contre la criminalité* » est nécessaire[324].

---

[313] A. HAQUET, *op. cit*., p. 96 ; J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 25 ; E. DECAUX et O. DE FROUVILLE, *Droit international public*, Dalloz, HyperCours, 2016, 10e éd., p. 176.

[314] A. HAQUET, *op. cit*., p. 96.

[315] M. WEBER, *Économie et Société*, trad. J. FREUND, Paris, Plon, 1971, p.57.

[316] Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, étude annuelle, 2017, p. 6.

[317] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 229.

[318] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce : Tendances et évolution*, préc., p. 14.

[319] A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, *op. cit*., p. 122.

[320] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit*., p. 229.

[321] *Ibidem*.

[322] *Ibid*, p. 237.

[323] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la compliance », art. cit.

[324] I. FOUCHARD, art. cit.

48. L'internationalisation de la lutte contre la criminalité. Le mouvement d'« *internationalisation de la lutte contre la criminalité* »[325] s'est manifesté par une intensification du travail conventionnel[326]. Celui-ci a notamment été initié à travers la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée le 15 novembre 2000. La France a ratifié cette Convention[327] qui l'engage à incriminer certains comportements tels que la participation à un groupe criminel organisé, le blanchiment du produit du crime ou encore la corruption[328]. Elle prévoit également un certain nombre de mesures de coopération, notamment la transmission spontanée des poursuites, la confiscation et la saisie des produits du crime, des mesures d'extradition. Les efforts fournis par la communauté internationale dans la lutte contre ce phénomène n'ont pu mettre fin à cette criminalité, qui ne cesse de se ramifier[329]. Il revient donc toujours aux États de s'organiser « *par la mise en place de nouveaux mécanismes mieux adaptés au mode opératoire amovible de ces entités criminelles intercontinentales* »[330] afin de détecter et poursuivre cette criminalité transnationale qui est résistante, difficile à désorganiser et à réprimer[331]. D'autres obstacles doivent encore être pris en considération concernant la question spécifique des multinationales.

2. Les difficultés spécifiques aux multinationales

49. Les difficultés spécifiques aux multinationales. Une des conséquences néfastes majeures de la globalisation est l'atteinte des droits fondamentaux par les sociétés transnationales dans les pays d'accueil dont l'attractivité repose précisément sur le faible encadrement juridique des activités des sociétés qui y opèrent[332]. Dès 2011, les Nations Unies constatent qu'il existe une « *importante lacune juridique dans la pratique des États* » à faire appliquer les lois existantes qui régissent le respect des droits fondamentaux par les entreprises[333]. Les victimes choisissent, généralement, de porter leurs actions devant les juridictions des pays d'origine des sociétés et non devant le *for* local, qui, soit n'offre pas de fondement juridique à leurs actions, soit ne leur garantit pas les conditions d'une bonne justice[334]. En outre, elles espèrent obtenir la condamnation financière de la société mère qui pourra certainement y faire face contrairement à sa filiale locale[335]. Le groupe de travail du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des

[325] *Ibidem*.
[326] M.-E. BOURSIER, art. cit.
[327] Décret n° 2003-875 du 8 septembre 2003 portant publication de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée à New York le 15 novembre 2000 et signée par la France le 12 décembre 2000 (1), JORF n° 0212 du 13 septembre 2003.
[328] B. AUBERT, *Entraide judiciaire : matière pénale*, Rép. internat. Dalloz, janvier 2005, pt. 60.
[329] M. LALDJI, « Les menaces des entités criminelles transnationales sur la sécurité intérieure des États », *Sécurité globale*, 2016, n°6, p. 43-62.
[330] *Ibidem*.
[331] S. QUERE et X. RAUFER, *Le crime organisé*, PUF, Que sais-je ?, 2005, p. 15.
[332] K. SONTAG, art. cit.
[333] NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, préc., p. 5.
[334] K. SONTAG, art. cit.
[335] *Ibidem*.

sociétés transnationales fait toutefois remonter, les difficultés d'accès à la justice des victimes des violations des droits de l'homme commises par les entreprises[336]. Ces difficultés tiennent principalement à la multiplicité des liens de rattachement national et matériel des litiges ainsi qu'au caractère parfois transnational des dommages[337]. Les faits sont souvent complexes et mettent en cause d'importants intérêts économiques, impliquant des groupes de taille mondiale, leurs partenaires et les états d'accueil[338]. Les litiges qui en résultent peuvent avoir des effets de nature juridico-politique ayant des implications au-delà du litige entre les parties, notamment déclenchant d'autres actions liées à l'affaire[339]. La nature de ces litiges engendre ainsi des obstacles tant procéduraux **(a)** que matériels **(b)**.

a. Les obstacles procéduraux

50. Les obstacles procéduraux à la mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales. La mise en cause de la responsabilité des entreprises transnationales françaises ayant commis des faits illicites à l'étranger rencontre des obstacles tant par la voie civile **(i)** que pénale **(ii)**.

i. La voie civile

51. Les conditions d'application de la règle de conflit de lois. Les étrangers ont le droit d'ester en justice en France au même titre que les nationaux[340]. Le caractère nécessairement international du litige impose toutefois que la détermination de la loi applicable se fasse par application des règles de conflit de lois[341]. En matière délictuelle, la loi applicable

---

[336] *Rapport du groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/20/29, 2012, p. 14, disponible sur le site internet des Nations Unies.

[337] K. SONTAG, art. cit.

[338] *Ibidem*.

[339] *Ibid* : « un conflit entre des victimes et la société Texaco a été porté devant le juge américain, qui a décliné sa compétence. Un accord a d'abord été signé entre la société et les victimes. La société ensuite saisi un arbitre de l'exécution du contrat la liant à son partenaire équatorien, la société équatorienne d'État, Petroecuador (contrat répartissant la responsabilité entre les deux sociétés). Cette espèce illustre une hypothèse fréquente, qui est celle où la société étrangère exploite des ressources naturelles en partenariat avec une entreprise locale d'État, ce dont il résulte que le conflit juridique entre la société étrangère et les victimes peut prendre un aspect politique, l'État d'accueil étant dans le la position inconfortable de devoir prendre le parti des victimes, dont il a contribué a causé le dommage ».

[340] L'accès à la justice est reconnu comme un droit fondamental consacré par divers instruments nationaux, européens et internationaux. L'article 8 de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 dispose ainsi que : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». L'article 10 précise également que : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». L'accès à la justice s'entend ainsi comme « le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits » v. L. FAVOREU et T.-S. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », Répertoire Dalloz du contentieux administratif, Paris, Sirey, 1992, p. 90 et sv.

[341] K. SONTAG, art. cit.

est la loi du « lieu où le dommage direct est survenu »[342] soit vraisemblablement la loi du *for* de la victime. Le règlement communautaire relatif à la loi applicable aux obligations non-contractuelles, dit « Rome II », autorise l'éviction de la loi du lieu de survenance du dommage « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre »[343]. À cet égard, le règlement donne un exemple de lien manifestement plus étroit : celui de l'existence d'une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question[344]. Ce mécanisme dit de la « *clause d'exception* » est cependant conçu comme exceptionnel[345] et devrait ainsi se limiter au cas où la situation ne présente pas de lien avec la loi du lieu où le dommage direct est survenu, mais un « *lien de rattachement intense* » avec un autre pays[346]. En principe donc, le juge français déterminera les conditions de la responsabilité, en application de la loi étrangère, alors que les victimes étrangères qui se tournent vers le juge français cherchent précisément dans le droit français un remède que leur système juridique ne leur offre pas[347].

52. L'exception d'ordre public international. Si les solutions offertes par le droit civil français ne sont pas satisfaisantes, la Cour de cassation en principe évince une loi étrangère qui contredirait « les principes de justice universelle considérée dans l'opinion française comme douée de valeur internationale absolue »[348]. La Cour de cassation contrôle ainsi *in concreto* que la loi étrangère, désignée par la règle de conflit de lois, ne conduit pas à un résultat incompatible avec les « *valeurs fondamentales que l'on juge absolument indérogeables, et que l'on désigne sous l'appellation d'ordre public international* »[349]. L'exception « *d'ordre public international* » renvoie ainsi à « *la conception que se fait l'ordre juridique français des principes à caractère fondamental* » [350]. La notion est toutefois « *particulièrement fuyante, rétive à toute tentative de synthèse* » et son caractère d'exception ne permet d'écarter la loi du for que si « *dans son application à l'espèce considérée elle conduit à un résultat incompatible avec cet ordre public* »[351]. La voie civile limitée par les règles de conflit de lois semble donc peu apte à permettre la sanction des violations des droits fondamentaux commises par des sociétés transnationales françaises à l'étranger. À cet égard, la voie pénale semble plus largement ouverte puisqu'elle prévoit expressément la répression de certaines infractions commises à l'étranger.

---

[342] Article 4, § 1, Règlement (CE), 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, n°864/2007.

[343] *Ibidem*, article 4, § 3.

[344] *Ibid*.

[345] O. BOSKOVIC, *Loi applicable aux obligations non contractuelles : matière civile et commerciale*, Rép. euro. Dalloz, 2010, 38-40.

[346] K. SONTAG, art. cit.

[347] *Ibidem*.

[348] Cass. civ. 25 mai 1948, Lautour ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948, 357, note LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *S.* 1949, 1, p. 21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1948, II, n°4532, note VASSEUR.

[349] S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, HyperCours, 2021, 6e éd., p. 166.

[350] *Ibidem*.

[351] *Ibid*.

ii. La voie pénale

53. Les conditions restrictives d'application du droit pénal aux faits commis à l'étranger. Le juge pénal peut s'appuyer sur deux dispositions du Code pénal pour sanctionner les violations des droits de l'homme commises par une société française à l'étranger lorsque celle-ci est, soit complice, soit auteur des faits[352]. La première disposition est relative à la compétence donnée au juge pénal sur le complice, qu'il soit français ou étranger, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si les actes de complicité ont lieu en France[353]. La définition de la complicité de l'article 121-7 du Code pénal constitue un chef de poursuites contre certaines atteintes aux droits de l'homme commises par des sociétés françaises, par exemple si l'instruction donnée à la filiale étrangère a pour conséquence la violation par celle-ci des droits de l'homme[354]. Les conditions posées par le Code pénal à l'application du texte en restreignent toutefois le champ. La complicité pour des faits commis à l'étranger n'est, en effet, punissable que pour autant que l'infraction principale soit punie par la loi française et par la loi étrangère, et qu'elle ait fait l'objet d'une décision définitive de la juridiction étrangère[355]. Ces conditions reviennent « *à méconnaître, pour ne pas dire s'aveugler, sur l'état du système judiciaire où est implantée la filiale (absence de moyens, corruption)* »[356]. Dans l'affaire Rougier, par exemple, la complicité de la société mère Rougier avec sa filiale camerounaise, pour destruction de ressources naturelles, n'a été retenue ni par le ministère public ni par les juridictions de première instance et d'appel en l'absence de décision définitive de la juridiction étrangère statuant sur l'infraction principale[357]. Ce système n'apporte donc pas de réponse à l'hypothèse dans laquelle une société transnationale française serait complice de la violation des droits fondamentaux dans un pays au système de protection de ces droits faible. La seconde disposition donne compétence au juge sur l'auteur, de nationalité française, d'un délit ou d'un crime, même si l'acte a été commis à l'étranger : c'est la « compétence personnelle active »[358]. Ce système repose sur l'idée selon laquelle « *chaque pays doit dissuader ses résidents d'aller commettre ailleurs des infractions* » [359]. Ici encore, il existe une condition qui paraît rédhibitoire lorsque le délit est commis dans un pays peu protecteur des droits de l'homme : le délit prévu par la loi française doit être également punissable dans la loi étrangère[360].

---

[352] K. SONTAG, art. cit.

[353] Article 113-5 du Code pénal.

[354] *Ibidem*.

[355] *Ibid*.

[356] C. GHRENASSIA, « La charte et le territoire – libres propos au sujet de la responsabilité des entreprises transnationales dans la protection des droits fondamentaux », *RLDA*. 2012, n°76.

[357] K. SONTAG, art. cit. : « À cette occasion, le juge a refusé d'admettre que les manœuvres et la corruption, pratiquée par la société, pour éviter toute procédure devant le juge camerounais, puisse constituer des preuves suffisantes de l'existence d'un obstacle de faits de nature à dispenser du respect de cette condition » ; C. GHRENASSIA, art. cit.

[358] Article 113-6 du Code pénal.

[359] X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 2021, 12e éd., p. 169.

[360] Article 113-6, al. 2 du Code pénal.

Une « *compétence universelle* » peut être reconnue au juge pénal, lorsqu'une convention internationale le prévoit[361]. Dans cette hypothèse, « *la loi française s'applique à des faits commis à l'étranger quelle que soit la nationalité de l'auteur ou des victimes, à condition que l'auteur ait été arrêté sur le sol français* »[362]. Est par exemple visées le cas de la convention de New York de 1984 relative à la torture et autres peines ou traitements cruels et dégradants[363] sur le fondement de laquelle a été déposée une plainte contre la société française Amesys pour la fourniture d'un système d'interception et de décryptage des communications au régime libyen, système utilisé par les services secrets afin de surveiller et réprimer les opposants[364]. La restriction de cette compétence aux conventions visées par le code de procédure pénale limite forcément l'action du juge à la répression de cas très particulier.

54. L'application restrictive du droit pénal par le principe de la légalité des délits et des peines. Le droit pénal atteint, en outre, ses limites par le principe de la légalité des délits et des peines[365]. Ce principe implique qu'il ne peut y avoir d'incrimination sans texte ni de peine sans texte[366]. Il a pour corollaire l'obligation faite au juge d'interpréter strictement la loi pénale pour ne pas risquer de punir des comportements que le législateur n'avait pas interdits[367]. Cette limite a par exemple conduit à un non-lieu dans l'affaire Total du fait de ses activités en Birmanie, le travail forcé étant une infraction non prévue par le Code pénal[368].

Bien que le droit pénal offre des possibilités pour appréhender des faits illicites commis à l'étranger, celles-ci s'avèrent peu utiles pour réprimer les violations des droits de l'homme commises par les sociétés françaises à l'étranger[369]. Les conditions posées à la mise en œuvre de ces textes, conjuguer à l'obstacle que présentent les « *fictions juridiques* », conduisent en effet, à rendre ces dispositions peu effectives[370].

b. Les obstacles matériels à la responsabilité des entreprises transnationales

55. Les obstacles matériels à la responsabilité des entreprises transnationales. Les obstacles matériels tiennent aux « *fictions juridiques* »[371] qui favorisent l'immunité des entreprises transnationales françaises agissant à l'étranger. Ces fictions juridiques sont celles

---

[361] X. PIN, *op. cit*., p. 172.
[362] *Ibidem*.
[363] Article 689-2 du Code de procédure pénale.
[364] E. DAOUD et A. ANDRE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ pénal* 2012, 15.
[365] X. PIN, *op. cit*., p. 24.
[366] Article 111-3 du Code pénal.
[367] X. PIN, *op. cit*., p. 24 : « Il s'agit d'une garantie contre l'arbitraire dévoyé, qui trouve son expression la plus complète dans les articles 5, 7, et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, lesquels sont intégrés au « bloc de constitutionnalité » ».
[368] K. SONTAG, art. cit.
[369] *Ibidem*.
[370] *Ibid*.
[371] H. MUIR-WATT et G. TUSSEAU, art. cit.

de l'indépendance des sociétés du groupe de sociétés **(i)** et du principe d'autonomie du droit international privé **(ii)**.

i. La fiction juridique de l'indépendance des sociétés du groupe

56. La responsabilité de la société mère protégée par la fiction juridique de l'indépendance des sociétés du groupe. Les entreprises transnationales s'engagent généralement à l'étranger, par l'intermédiaire d'une filiale dominée, par définition, financièrement par la maison mère qui détient la majorité voire la quasi-totalité de son capital[372]. Dans ce cadre, la filiale, généralement domiciliée hors de France et de l'Union européenne, est privée du pouvoir de décision qui demeure, de facto, au sein de la société mère[373]. Alors que l'organisation économique répond à une logique de groupe, chaque entité est soumise à une législation ou un système judiciaire différent[374]. En effet, le groupe n'est pas un sujet de droit, et le principe de séparation des personnes juridiques octroie une indépendance fictive aux filiales du groupe qui permet à la société mère de se dédouaner de toute responsabilité. Ces dernières sont pourtant à l'origine des décisions prises au sein du groupe et récupèrent les bénéfices de toute leur chaîne de valeur[375]. Les principes de personnalité des poursuites et des sanctions, d'une part, et de légalité des crimes et délits, d'autre part, s'opposent par ailleurs, à l'émergence d'une responsabilité pénale du fait d'autrui et en particulier de la société mère ou de ses dirigeants, à raison de l'activité de sa filiale[376]. Le raisonnement adopté en matière économique, et notamment en droit de la concurrence, visant à faire prévaloir la réalité sur la fiction juridique, pourrait toutefois être transposé en droit pénal[377].

57. La prévalence de la réalité sur la fiction juridique par le juge pénal dans la recherche de responsabilité. Dans l'arrêt Erika[378], par exemple, la juridiction d'appel a écarté la responsabilité pénale de la filiale au profit de celle de la société mère après avoir constaté que dans les faits, la société mère exerçait un pouvoir de contrôle sur le fonctionnement de l'Erika, et non la filiale établie au Panama, pourtant seule partie contractante au contrat avec la société de location du navire[379]. Pour fonder son jugement, la cour d'appel relève plusieurs éléments concrets comme « *le devoir du capitaine d'informer Total sur les opérations de chargement et de déchargement de la cargaison, l'obligation du capitaine de contacter Total en cas d'incident ou d'accident par le biais d'une ligne directe ou encore l'interdiction faite au capitaine d'accepter d'ordre d'autre personne sans l'accord de Total* » [380]. À la lumière de cet

---

[372] E. DAOUD et A. ANDRE, art. cit.
[373] *Ibidem*.
[374] S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA* 2015, n° 104.
[375] *Ibidem*.
[376] C. GHRÉNASSIA, art. cit. ; K. SONTAG, art. cit. ; E. DAOUD et A. ANDRÉ, art. cit.
[377] E. DAOUD et A. ANDRE, art. cit.
[378] CA Paris, Pôle 4 – chambre 11 E, 30 mars 2010, 08/02278.
[379] E. DAOUD et A. ANDRE, art. cit.
[380] *Ibidem*.

arrêt, certains auteurs concluent que « *la responsabilité pénale de la société mère pour sa filiale étrangère n'est plus une fiction en France* »[381]. Elle reste malgré tout difficile à retenir eu égard aux nombreux « *verrous procéduraux* »[382].

ii. Le principe d'autonomie en droit international privé

58. La maîtrise de la norme par les acteurs économiques. Le principe d'« *autonomie* » est une « *valeur constante du droit international privé économique* » dont le sens et la portée ont évolué ces cinquante dernières années[383]. Prolongement métaphorique de la « *liberté contractuelle* », le principe d'autonomie témoignait d'une bienveillance à l'égard des choix individuels, perçus comme étant « *les meilleurs indicateurs de l'utilité commune* »[384]. Ce pouvoir « *quasi législatif* » concédé aux acteurs économiques au plan international ne semblait pas modifier pour autant « *la prémisse libérale fondatrice qui était celle d'un marché encadré par une régulation étatique* »[385]. Aujourd'hui, les internationalistes observent que ce rapport est en train de s'inverser[386]. Les instruments du droit international privé fournis aux opérateurs économiques ont fait l'objet d'une libéralisation progressive qui confère à l'autonomie des parties une portée qui dépasse largement le seul choix de la loi applicable au contrat. L'autonomie renvoie désormais, pour les internationalistes, à l'idée que « *la volonté des contractants est supérieure à l'autorité des lois étatiques* »[387].

Le droit international privé a, en effet, fourni les instruments permettant aux acteurs individuels d'avoir la maîtrise de la norme. Il en va ainsi de la « *loi d'autonomie* » qui permet aux contractants de choisir eux-mêmes la loi applicable au contrat[388]. Consacrée par l'article 3 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en tant que « pierre angulaire » du régime des contrats internationaux, ce principe se prolonge à travers la liberté de choix de *for* dans l'article 23 du règlement Bruxelles I sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale. Plus remarquablement, il fait son apparition en matière extracontractuelle à l'article 14 du règlement Rome II. Par ces mécanismes, les parties choisissent le régime auquel le contrat sera soumis, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui le gouverne, « *y compris les règles impératives, au sens de l'ordre public interne* » [389]. La conjugaison du choix de la loi choisie et de l'élection du *for* induit une « *privatisation sensible des normes applicables* » octroyant aux acteurs économiques le « *pouvoir de redessiner leur*

---

[381] E. DAOUD et A. ANDRE, art. cit.
[382] C. GHRENASSIA, art. cit.
[383] H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », *in* M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 78.
[384] *Ibidem*.
[385] *Ibid*.
[386] *Ibid* ; P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 2019, 2e éd., p. 165.
[387] *Ibidem*.
[388] *Ibid*.
[389] *Ibid*.

espace normatif »[390]. Il en va également de l'arbitrage commercial international qui implique que l'État accepte de laisser aux parties en litige la liberté de s'entendre pour recourir à des juges privés plutôt qu'aux juridictions qu'il institue[391]. L'arbitrage implique par ailleurs que les parties choisissent les arbitres, dépourvus de toute investiture étatique, qui tranchent le litige sur le fondement du droit choisi par les parties[392].

Ces mécanismes ont induit « *la mobilité métaphorique des acteurs, habilité à sortir à leur gré d'un système juridique pour un autre* » leur attribuant le choix du régime normatif qui leur est applicable[393]. Avec les instruments que leur fournit l'État, les acteurs économiques « *dessinent désormais leur propre régime normatif au plan international* »[394]. Les acteurs privés sont ainsi « *investis du fait de leur mobilité juridictionnelle du pouvoir de manipuler la régulation étatique* »[395].

59. Conclusion du §1. La nécessité d'une nouvelle forme de régulation. La globalisation confronte les États à des questions nouvelles telles que le développement d'organisations criminelles transnationales difficile à détecter et à sanctionner ainsi que l'avènement d'entreprises multinationales en mesure de mettre en échec les autorités publiques dans leur objectif de justice et leur rôle de poursuites[396]. Afin de garantir le maintien de l'ordre public et la protection des droits fondamentaux, l'État doit penser une nouvelle manière de réguler les effets de la globalisation. Il s'appuie pour ce faire sur la force des opérateurs économiques.

§2. La sollicitation des operateurs economiques dans la regulation des effets de la globalisation

60. La question de la légitimité de l'entreprise à agir dans l'intérêt général. L'État, impuissant à assurer le maintien de l'ordre public face aux effets de la globalisation, transfère cette responsabilité aux entreprises identifiées comme « *points de contrôle possibles dans l'environnement global* »[397]. Certains observateurs y voient une violence faite aux entreprises, dont l'objet social serait réduit à faire du profit[398]. En effet, la théorie du « *contrat social* » développé par Jean-Jacques Rousseau est à la base de la conception française de l'intérêt général[399]. Celui-ci se comprend comme la somme de tous les intérêts que les hommes ont

[390] H. Muir Watt, art. cit.
[391] P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit*. ; H. Muir-Watt et G. Tusseau, art. cit.
[392] P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit*. ; La liberté des parties doit être relativisée v. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage – Théorie et pratique*, Lexis Nexis, 2021, p. 81 et sv.
[393] H. Muir-Watt et G. Tusseau, art. cit.
[394] *Ibidem*.
[395] H. Muir Watt, art. cit.
[396] S. Borlant-Clement, *op. cit*., p. 29.
[397] B. Frydman, art. cit.
[398] M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », art. cit.
[399] P. Abadie, préc., p. 144.

décidé, par un acte de libre volonté, c'est-à-dire un contrat, de mettre en commun pour former une nation[400]. La seule entité qui est donc à même de poursuivre cet intérêt supérieur, est l'État lui-même, car « *au-dessus des passions et des jalousies privées* » ; tout autre corps risquant de mettre en péril l'unité de la nation[401]. La France est ainsi marquée par le mythe d'un « *État tout-puissant et surplombant* » supposé porter à lui seul la « *préservation du bien commun et de l'intérêt général* »[402]. Les formes corporatives ont traditionnellement été écartées de la représentation nationale et donc d'une certaine conduite de l'action publique qui seul incombe au dépositaire de la souveraineté nationale[403].

La nature même de l'entreprise justifie pourtant son instrumentalisation au service de l'intérêt général. En effet, après la Révolution, la constitution d'une société est soumise à une autorisation législative que le Conseil d'État considère comme un privilège qui ne se justifie que par l'utilité publique de l'établissement[404]. Aujourd'hui encore, l'entreprise et l'État sont liés par un contrat tacite grâce auquel l'État confère à l'initiative privée une légitimité et une capacité d'action en vue de réaliser un ensemble de tâches devant contribuer au bien commun[405]. Les entreprises ont été en ce sens investies par les États de prérogatives et de droits visant à faciliter la production de biens et services, et en contrepartie de leur contribution au bien public par l'impôt, l'emploi, la formation, la production de biens et de services, l'investissement.

S'il est admis que l'entreprise peut concourir à la réalisation de l'intérêt général **(A)**, elle y est désormais tenue par les obligations de *compliance* **(B)**.

A. La possibilité ouverte à l'entreprise de concourir à la réalisation de l'intérêt général

61. Le concours de l'entreprise à la réalisation de l'intérêt général. L'entreprise peut concourir à la réalisation de l'intérêt général à travers la réalisation d'activités de service public **(1)**. Elle est par ailleurs incitée à intégrer des préoccupations d'intérêt général dans la réalisation de son activité **(2)**.

---

[400] *Ibidem*.
[401] *Ibid*.
[402] J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 204.
[403] P. ABADIE, préc., p. 144.
[404] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *L'entreprise dans la société. Une question politique*, La découverte, Grands repères, 2015, p. 14.
[405] S. BOMMIER et C. RENOUARD, *op. cit.,* p. 194.

1. L'entreprise en charge d'une mission de service public

62. Les contrats administratifs. L'administration ne peut toujours assumer de façon autarcique ses missions de service public[406]. Elle peut alors déléguer l'exécution de cette mission d'intérêt général à une entreprise.[407] À cette fin, trois types de contrats peuvent être conclus :

Le contrat de marché public, qui est défini par l'article L. 1111- 1 du Code de la commande publique comme « un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent Code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». Les marchés publics doivent être conclus en respectant le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique, et mettre en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures[408]. Ces principes généraux se traduisent par l'édiction de règles de publicité et de mise en concurrence, qui varient en fonction de seuils relatifs à la valeur estimée du marché à conclure[409].

Le contrat de concession de service qui « a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service »[410]. La différence entre le marché et la concession tient donc à la démarche de l'autorité administrative : dans le premier cas, la personne publique fait l'acquisition d'un bien ou d'un service ; dans le second, elle confie à un tiers la réalisation d'une mission ou d'un bien dont elle a la charge[411]. La concession constitue un mode indirect de gestion de service public permettant, par exemple, la réalisation des équipements en voie ferrée et installation ferroviaire, en ouvrages de production et de distribution de gaz ou électricité[412]. Le recours au contrat a prospéré, soit pour la gestion des réseaux d'eau par exemple, soit pour assurer celle de nouveaux services publics aujourd'hui le plus souvent déléguée : enlèvement des ordures ménagères, réseau d'autoroutes, etc. La diversification du recours au contrat est également illustrée dans les hypothèses où l'État accepte de partager la réalisation du service public, soit qu'il en concède, pour des raisons politiques, l'exercice à des personnes privées, soit qu'il voit dans le recours à cette technique un moyen d'étendre et d'améliorer le service qu'il continue lui-même d'assurer par ailleurs[413]. Grâce à ces contrats, l'administration se fait moins souvent prestataire de services, mais

[406] M. SIRINELLI et J. SORIN, *op. cit*., p. 208.
[407] M. SAOUDI, *op. cit*., p. 216.
[408] G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, Dalloz, HyperCours, 2021, 14e éd., p. 296.
[409] *Ibidem*.
[410] Article L. 1121-3 du Code de la commande publique.
[411] G. DUMONT et J. SIRINELLI, *op. cit*., p. 296.
[412] *Ibidem*, p. 208.
[413] *Ibid*.

s'attache à définir les modes et conditions selon lesquels devront être gérés certains services publics, sous son contrôle lui permettant efficacement de démultiplier son action[414].

Les contrats de partenariats public-privés constituent de « nouvelles formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »[415]. Défini par l'article L. 1112- 1 du Code de la commande publique comme « un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser ». Le recours à ce type de contrat doit être précédé par une procédure d'évaluation du mode de réalisation du projet : il ne pourra être utilisé que s'il n'est pas possible de mettre en œuvre le projet par les voies contractuelles classiques ; en outre, l'administration et les établissements publics ne pourront avoir recours aux marchés de partenariat qu'après y avoir été autorisés par le ministre du Budget[416].

Outre l'entreprise en charge d'une activité de service public, les entreprises peuvent intégrer des objectifs d'intérêt public dans la réalisation de leur activité.

2. La responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise

63. Le concept d'« entreprise citoyenne ». Mireille Delmas-Marty soutient que le désordre mondial ne peut être surmonté qu'à la condition d'associer les droits de l'homme au développement économique[417]. Il s'agit de transformer l'entreprise en un acteur politique détenteur d'une responsabilité directe dans la perspective d'un bien commun qui supplante son intérêt financier[418]. Les entreprises sont appelées à se mobiliser de façon proactive pour appréhender les effets secondaires négatifs de son activité sur son écosystème. Elles doivent ainsi adapter leur choix d'investissement aux enjeux sociaux, environnementaux, économiques et politiques, et ce d'autant plus lorsque les gouvernements sont impuissants ou inactifs. Cette vision philanthropique de l'entreprise constitue le cœur du concept « *d'entreprise citoyenne* »[419]. « *De Cicéron sous la Rome antique aux pères fondateurs américains, en passant par Tocqueville ou Constant* », la dimension morale occuper une place significative dans les

[414] *Ibid*, p. 296.
[415] Commission des communautés européennes, *Livre vert portant sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004) 327 final.
[416] G. DUMONT et J. SIRINELLI, *op. cit*., p. 296.
[417] M. DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Thémis, Les conférences, 2004, p. 4.
[418] S. BOMMIER et C. RENOUARD, *op. cit*., p. 18.
[419] P. ABADIE, *préc*., p. 207.

réflexions sur la citoyenneté[420]. Au-delà des obligations juridiques traditionnelles, la citoyenneté « *suppose quelque chose qui excède le champ proprement juridique* » : elle invite en effet les citoyens « *à se tenir informé de la vie de la cité, à se sentir impliqué, à occuper certaines fonctions ou assumer certaines charges, à consentir certains sacrifices et à se sentir responsable les uns envers les autres* »[421]. En somme, la dimension morale, éthique de la citoyenneté enjoint aux citoyens de faire prévaloir en eux le sens de l'intérêt général sur leur « *passion privée* »[422].

Ce sens de la citoyenneté est insufflé aux entreprises d'abord dans un cadre mondial incitatif **(a)** puis relayé dans un cadre législatif national **(b)**.

a. Un cadre mondial incitatif

64. L'incitation des acteurs économiques au développement durable. Dans les années 60 émerge une critique sociale et environnementale du développement économique s'appuyant sur les affirmations scientifiques selon lesquelles le développement économique des sociétés industrielles est incompatible avec la protection de la planète à long terme[423]. C'est dans ce contexte qu'est publié en 1987 le rapport onusien « Notre avenir à tous » ou « Rapport Brundtland » faisant émerger un objectif de développement durable inscrit par la suite dans la déclaration de Rio de Janeiro en 1992. Cet objectif préconise un équilibre entre les objectifs sociaux, environnementaux, et de bonne gouvernance, avec les objectifs économiques, du fait de leur interdépendance, au sein d'un modèle de développement pensé et non subi[424]. L'idée est donc de développer une synergie entre public et privé, concrétisée par l'invitation du secteur privé à s'associer aux réflexions publiques par le Sommet de la Terre à Rio. L'intégration du secteur privé s'est ensuite renforcée par sa représentation massive à Johannesburg en 2002[425]. Son rôle dans la mise en œuvre du développement durable devient d'autant plus important que les États apparaissent en retrait et laissent la place aux initiatives privées[426]. Les entreprises semblent ainsi avoir pris une place déterminante dans la mise en œuvre des objectifs du développement durable. Les dix-sept objectifs du développement durable ont été adoptés en septembre 2015 par cent quatre-vingt-treize pays aux Nations Unies, dans le cadre de l'Agenda 2030 adopté lors de la conférence de Rio +20 en 2012. L'Agenda 30 constitue « *un plan d'action pour la paix, l'humanité, la planète et la prospérité* »[427] en transformant nos sociétés

---

[420] *Ibidem*.
[421] *Ibid*.
[422] *Ibid*.
[423] K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité* ?, Pédone, Mutations-Métamorphoses, 2016, p. 7
[424] P. HUMIERES, *La nature politique de l'entrepreneur*, Michel de Maule, 2017, p. 130.
[425] C. RENOUARD, *La responsabilité éthique des multinationales*, PUF, Éthique et philosophie morale, 2007, p. 11.
[426] M. CAPRON, « L'économie éthique privée : la responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », Économie Éthique N°7, SHS-2003/WS/42, p.30.
[427] B. PARANCE et A. RATIER, « La mise en œuvre des objectifs de développement durable par les entreprises », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, février 2019, n°1, p. 9.

grâce à des objectifs économiques, sociaux, environnementaux et politiques. Ces objectifs s'adressent à tous types d'acteurs en définissant des actions prioritaires à l'échelle mondiale. Ils constituent « *un cadre de référence pour agir, un outil de sensibilisation, une source d'opportunité économique et un levier de collaboration multiacteur* »[428]. Les entreprises constituent un acteur majeur de la réussite de l'Agenda 2030 grâce à leur capacité d'innovation, de découvertes de nouveaux marchés, de développement de nouveaux secteurs dans l'économie, par la création d'emploi, etc.

Afin d'aider les entreprises à comprendre les objectifs de développement durable, les Nations Unies ont créé, en 1999, le Global Compact. Il s'agit d'un cadre d'engagement volontaire construit sur la base de dix principes à respecter en matière de droits humains, de droit du travail, d'environnement et de lutte contre la corruption. Il est également mandaté par l'Organisation des Nations Unies pour accompagner la mise en œuvre de l'Agenda 2030 et l'appropriation des Objectifs de Développement durable par le monde économique. L'objectif est de promouvoir dans les entreprises des pratiques respectueuses des droits de l'homme, des travailleurs et de l'environnement, grâce à une coopération entre l'Organisation des Nations Unies, les multinationales, les syndicats et les Organisations non gouvernementales[429]. Ce Pacte mondial est une des premières collaborations mondiales entre organisation internationale et entreprise, sortant du cadre classique du droit international dont les sujets sont les États. Pour autant, les effets pervers d'une telle collaboration ont été dénoncés notamment en ce qu'elle constitue une porte d'entrée pour les entreprises dans tous les programmes et agences spécialisées des Nations Unies leur permettant de contribuer à la création du droit international[430]. Cette collaboration est d'autant plus critiquée que l'engagement des entreprises est purement volontaire, rendant le contrôle impossible. Si les entreprises adhérentes doivent en effet publier chaque année sur le site internet du Global Compact de l'Organisation des Nations Unies, une Communication sur le Progrès décrivant les actions mises en place sur les quatre thèmes du Pacte mondial, la publication de la Communication sur le Progrès, mais surtout la radiation publique de l'entreprise non communicante sont les seules armes du Global Compact qui doit s'en tenir à ce que déclare l'entreprise dans sa Communication sur le Progrès sans moyen d'en vérifier la véracité. L'adhésion au Pacte mondial est extrêmement attractive pour les entreprises puisqu'elle leur permet de bénéficier du label des Nations unies, ce qui représente pour l'entreprise une valorisation de ses engagements de responsabilité sociale et environnementale, et un gage de crédibilité et de lisibilité auprès des consommateurs et investisseurs. Les entreprises utilisent donc le logo de l'Organisation des Nations Unies, mais ne sont pas contrôlées quant à la réalité de la mise en œuvre des dix principes directeurs de ce Pacte, créant un risque de « *ODD washing* » c'est-à-dire l'utilisation des objectifs du développement durable comme simple outil de communication de l'entreprise qui met en avant

[428] *Ibidem*.
[429] M. CAPRON, art. cit.
[430] K. MARTIN-CHENUT, « Panorama en droit international des droits de l'homme », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Pedone, 2016, p. 27-29.

ses externalités positives, mais cache ses externalités négatives et qui ne remettent pas en cause leur business modèle[431].

65. Le principe de responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme. L'activité des Nations Unies a connu un renouveau avec la nomination du Professeur John Ruggie en tant que représentant spécial du secrétaire général des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des entreprises. Sous son premier mandat, le professeur John Ruggie a présenté au Conseil des droits de l'homme un rapport intitulé « Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights » le 7 avril 2008, mis en œuvre par « les Principes directeurs des Nations Unies ». Ceux-ci dégagent un principe de responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme[432]. Ce principe implique « qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part »[433]. Pour remédier aux incidences négatives « il faut prendre des mesures adaptées de prévention, d'atténuation des effets et, le cas échéant, de réparation » [434]. Il s'agit d'une « norme de conduite générale » qui existe indépendamment des capacités de l'État à remplir ses propres obligations[435]. Les Principes directeurs préconisent aux entreprises de formaliser cette responsabilité par une « déclaration de principe » publique, communiquée notamment aux entités avec lesquelles l'entreprise a des relations contractuelles et aux intervenants directement liés à ses activités comme les investisseurs[436]. Les Principes directeurs des Nations Unies ont fait l'objet de critiques concernant leur contenu vague et leur incapacité à répondre au problème de l'irresponsabilité des entreprises. Si ces initiatives n'obligent pas directement les entreprises transnationales à répondre devant un juge, elles contribuent néanmoins à faire admettre l'idée que la responsabilité de l'entreprise existe en droit international[437]. Les Principes directeurs s'affichent comme une « feuille de route à vocation universelle pour permettre de concrétiser les normes visant à responsabiliser les entreprises au regard des droits de l'Homme » et « traduire la prise de conscience que la mondialisation implique une responsabilité de l'ensemble des acteurs, non seulement publics, mais aussi privés, qui doivent prendre en charge la planète et la société dans laquelle et de laquelle ils vivent, pour faire en sorte que le développement humain soit vraiment durable »[438]. L'intégration par les acteurs privés de ces préoccupations est soutenue par l'Organisation de coopération et de développement

---

[431] A. RATIER, « Les ODD en France. Entre appropriation par le secteur privé et attente fortes vis-à-vis de l'État », *Revue internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires*, n°1, février 2019, p. 11.

[432] NATIONS UNIES, préc., p. 15.

[433] *Ibidem*.

[434] *Ibid*.

[435] *Ibid*.

[436] *Ibid*.

[437] M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper, ou comment humaniser la mondialisation*, Seuil, 2013, p. 142.

[438] *Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises*, disponible en ligne sur le site du ministère de l'Europe et des affaires étrangères.

économiques dont le guide à destination des multinationales s'inspire directement des travaux des Nations Unies.

L'Organisation de coopération et de développement économiques a adopté, en 2008, des Principes directeurs à destination des entreprises multinationales. Il s'agit de recommandations adressées aux entreprises multinationales afin d'accroître leur contribution au développement durable, à cet égard les entreprises devraient notamment « contribuer aux progrès économiques, sociaux et environnementaux en vue de réaliser un développement durable » ou encore « respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil »[439]. Chaque pays membre de l'OCDE est par ailleurs doté d'un point de contact national destiné à promouvoir les Principes directeurs et habilité à recevoir et instruire les plaintes relatives aux manquements des entreprises à ces principes[440].

Les initiatives internationales en matière de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise sont fondées sur l'adhésion volontaire des entreprises à des normes de conduite juridiquement non contraignantes. Les organisations internationales, et notamment l'OCDE, considèrent toutefois la réglementation publique et les initiatives privées comme des démarches complémentaires[441]. L'État doit adapter sa législation à ces nouveaux enjeux et rechercher un équilibre entre droit souple et droit dur.

b. Le cadre législatif national

66. L'enjeu de la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil. Un communiqué de la Commission européenne du 25 octobre 2011 encourage les pouvoirs publics à combiner des mesures politiques facultatives et des dispositions réglementaires complémentaires pour favoriser la transparence et créer des mécanismes de marché qui incitent à une conduite responsable des affaires[442]. Le législateur français a suivi ces préconisations dans la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil, en ayant recours à des dispositifs incitatifs, mais également contraignants, pour favoriser l'engagement des entreprises dans des démarches socialement responsables. Le rapport « l'entreprise, objet d'intérêt collectif » clarifie l'objectif du législateur, qui n'est pas une action philanthropique de l'entreprise de poursuite de l'intérêt général, mais plutôt de faire naître une « responsabilité de l'entreprise pour son impact sur la société »[443]. Il s'agit de conduire les entreprises à prendre conscience de leur impact négatif sur

---

[439] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2008, disponible en ligne : https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/1922470.pdf.

[440] *Ibidem*.

[441] OCDE, *Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 26, disponible en ligne.

[442] I. DESBARATS, « La RSE " à la française " : où en est-on ? », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 9.

[443] *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, préc.

la société et à y remédier[444]. Les modifications apportées au Code civil marquent l'instauration d'une « *fusée à trois étages* »[445] : le premier vise toutes les sociétés devant s'interroger sur l'impact de leur activité économique, le deuxième s'adresse à celles qui veulent aller plus loin en leur permettant d'inscrire une raison d'être dans leurs statuts et le troisième à celles qui veulent aller encore plus loin en cristallisant dans leurs statuts la notion de société à mission.

67. L'obligation de diligence raisonnable dans la gestion des enjeux sociaux et environnementaux de la société. L'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil précise que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Le législateur a entendu formuler une norme générale applicable à toutes les entreprises et les obligeant, proportionnellement à leur moyen, à prendre en considération les externalités négatives de leur activité[446]. Il s'agit ainsi pour le dirigeant de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de l'entreprise lorsqu'il agit dans l'intérêt social[447]. La poursuite de l'intérêt social ne suppose donc plus uniquement de satisfaire aux besoins économiques de la société, mais également à des exigences sociales et environnementales liées à son activité[448]. La mention de ces enjeux a manifestement pour objet de limiter le principe de l'article 1833 du Code civil qui veut que la société soit constituée dans l'intérêt commun des associés, en invitant les associés à réinventer la place de la société dans son environnement sociétal[449]. Dans cette optique, l'entreprise doit organiser la société commerciale, non pas à partir du profit, mais à partir du projet d'entreprise[450].

68. L'intégration de préoccupations éthiques via l'objet social. La démarche qu'Yves Guyon appelle les « *compléments incités* » par laquelle le législateur, en respectant l'apparence du libéralisme, cherche à imposer des solutions qui lui paraissent politiquement souhaitables[451] est celle adoptée par l'article 1835 du Code civil. Cet article dispose que « les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». La « raison d'être » selon le rapport « L'entreprise objet d'intérêts collectifs », doit permettre d'affecter juridiquement à l'entreprise des responsabilités, des devoirs ou des intérêts à prendre en compte[452]. Il s'agit de dépasser la « *raison actionnariale* » qui structure le modèle de création de valeur depuis l'ère industrielle, au profit d'une « *raison entrepreneuriale* », d'un intérêt

---

[444] I. DESBARATS, art. cit.

[445] I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil. Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 69.

[446] *Ibidem*.

[447] *Ibid*.

[448] E. LE MOULEC, « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil par la loi PACTE sur l'abus de biens sociaux », *RTD Com*. 2020, p. 1.

[449] A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 141.

[450] S. BOMMIER et C. RENOUARD, *op. cit*., p. 40.

[451] I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 192.

[452] *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, préc.

propre à l'entreprise, autonome de celui de ses actionnaires et qui ajoute au contrat entre les associés un « *bénéfice global pour la société* »[453]. La raison d'être renvoi donc à l'activité pérenne de l'entreprise, par référence à des valeurs sociétales et environnementales qui détermineront ses choix stratégiques. C'est « *le souffle de l'entreprise pour un monde meilleur* »[454]. En déterminant sa raison d'être, l'entreprise va définir ce qui est « indispensable pour remplir l'objet social »[455], fournissant un cadre pour les décisions importantes et un contrepoids aux décisions financières de court terme.

Une des évolutions apportées par la loi PACTE[456] réside dans le support des engagements éthiques spontanés des acteurs privés. Auparavant, ces engagements figuraient dans des codes éthiques publiés sur internet, ce qui ne nécessitait qu'un accord du dirigeant. Désormais, les engagements éthiques de l'entreprise vont figurer dans les statuts de l'entreprise, ce qui demande une délibération de l'assemblée générale. Cette nouvelle possibilité offerte aux entreprises devrait, par ailleurs, amoindrir la valeur des engagements éthiques qui ne seront pas intégrés dans les statuts. Le choix de ne pas intégrer ses engagements dans les statuts de l'entreprise pourrait, en effet, laisser suspecter que l'entreprise n'entend pas respecter ces engagements, tandis que les engagements intégrés dans les statuts seront « *le reflet d'un engagement fort* »[457]. La raison d'être va logiquement devenir incontournable pour les entreprises qui voudront avoir une image engagée, bien que son introduction dans le Code civil soit controversée.

L'insertion d'une raison d'être dans le Code civil ne fait pas l'unanimité. D'abord, parce que la modification de l'article 1835 du Code civil n'ouvre qu'une possibilité d'introduire à titre facultatif une disposition statutaire, ce qui était déjà possible par l'insertion d'une clause statutaire précisant que l'objet social doit être réalisé en respectant une raison d'être que la société s'est donnée. Ensuite, parce que la notion de « raison d'être » est imprécise, ne faisant l'objet d'aucune définition légale et n'ayant jamais été employée dans la jurisprudence[458]. Les expressions plus poétiques que juridiques, utilisées pour définir cette raison d'être qui, d'après l'exposé des motifs, doit conduire « les sociétés à ne plus être guidée par une seule raison d'avoir, mais également par une raison d'être, forme de doute existentiel fécond permettant de l'orienter vers une recherche de long terme »[459] laissent l'impression que les rédacteurs ont instrumentalisé la société à des fins politiques, sans véritablement fournir un contenu juridique[460]. Face au flou de ce concept, la crainte d'une insécurité juridique plane dans un

---

[453] R. DURAND, « L'entreprise et la "gestion des communs" », Le Monde, 19 avril 2018.

[454] I. URBAIN-PARLEANI, art. cit.

[455] *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, préc. ; Dossier législatif de l'Assemblée nationale n° 1088 relatif à la loi PACTE, exposé des motifs, p. 59.

[456] LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (1), JORF n° 0119 du 23 mai 2019.

[457] OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, « Loi PACTE & Raison d'être, et si on passait à la pratique ? », 2020, disponible en ligne, p. 35.

[458] A. TADROS, art. cit.

[459] Dossier législatif de l'Assemblée nationale n°1088 relatif à la loi PACTE, exposé des motifs, p. 59.

[460] A. TADROS, art. cit.

domaine où « le doute existentiel fécond »[461] ne devrait pas avoir sa place, au risque de rendre le droit moins lisible pour les investisseurs étrangers[462]. Enfin, parce qu'il s'agirait d'« *une dénaturation de l'entreprise* » [463]. Selon Monsieur Pavageau, secrétaire confédéral chez Force Ouvrière, « *seul l'État est garant de l'intérêt général et inscrire dans l'objet de l'entreprise sa contribution au bien commun reviendrait à ignorer l'existence d'intérêts de nature divergents* »[464] . Cette approche réductrice, qui veut que l'entreprise ait pour seule fin, le profit, et pour seule raison d'être, la réalisation d'un bénéfice pour les associés ou de profiter d'une économie, reviendrait à confondre, d'après Jean-Baptiste Barfety, le fait de « *manger pour vivre* » avec celui de « *vivre pour manger* »[465]. Une partie de la doctrine défend ainsi l'idée d'une entreprise pensée en termes d'être, pour laquelle le profit est une nécessité et non une fin : « *la rentabilité n'est pas le but de l'entreprise et de l'activité commerciale, mais un facteur limitatif. Le profit n'est ni une explication, ni la cause ni le mobile des décisions et des comportements dans les affaires, mais une mise à l'épreuve de leur validité* »[466]. La société étant une technique d'organisation nécessaire de l'entreprise et au service de cette dernière, elle est constituée dans « l'intérêt commun des associés »[467] qui ne renvoie pas à une règle de gestion de la société, mais à une règle d'équilibre entre les parties[468]. Elle ne se singularise pas par le profit et ne s'y limite pas, son but est de fournir un support juridique à l'entreprise[469]. Le bénéfice ou l'économie est d'ailleurs présenté comme hypothétique par l'article 1832 du Code civil[470] et n'est que la conséquence de l'entreprise commune qui est systématiquement la finalité de la société[471]. En définitive, le Conseil d'État lui-même rappelle que « si l'article 1832 assigne au contrat de société une finalité principale consistant dans la recherche, dans l'intérêt commun des associés, d'un bénéfice ou la réalisation d'une économie, c'est-à-dire d'un avantage patrimonial direct ou indirect, le droit positif ne réduit pas le contrat de société à ce seul objectif »[472]. Le Conseil d'État rappelle également que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité »[473] et « qu'il est donc loisible au législateur, dans le respect des principes constitutionnels, de

---

[461] Dossier législatif de l'Assemblée nationale n°1088 relatif à la loi PACTE, exposé des motifs, p. 59.

[462] A. COURET, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rév. sociétés,* 2018, 11, p. 638.

[463] A. TADROS, art. cit.

[464] G. MARDINE et P. PAVAGEAU, « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de " l'objet social de l'entreprise " ? », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 48.

[465] J.-B. BARFETY, « Chaque entreprise a une raison d'être », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz Grand Angle, 2019, p. 95.

[466] *Ibidem*.

[467] Article 1833 du Code civil, modifié par loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (1), JORF n° 0119 du 23 mai 2019, article 169.

[468] S. VERNAC, art. cit.

[469] *Ibidem*.

[470] « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter » : Modifié par Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, article 1, JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13 juillet 1985.

[471] J.-B. BARFETY, art. cit.

[472] CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, NOR : ECOT1810669L, Séance du jeudi 14 juin 2018, pt. 96.

[473] Cons. const., déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, cons. 5.

prescrire aux sociétés de prendre en considération ces objectifs »[474]. La raison d'être ne saurait, par ailleurs, constituer une finalité concurrente de celle, lucrative pour laquelle la société est conçue, elle est plutôt une description de la manière dont la société entend se comporter pour atteindre cet objectif[475]. À titre d'exemple, la nouvelle société anonyme Société nationale SNCF qui succède, au 1er janvier 2020, à l'établissement public SNCF Mobilités, a adopté dans ses statuts une raison d'être ainsi rédigée : « *La raison d'être de la société est d'apporter à chacun la liberté de se déplacer facilement en préservant la planète* »[476]. L'activité de la SNCF qui est le transport de personnes n'entre donc pas en contradiction avec sa raison d'être, bien au contraire, la raison d'être de la société vient préciser les conditions dans lesquelles elle entend réaliser son objet social.

69. L'intégration de préoccupations éthiques via le statut d'entreprise à mission. Pour accompagner l'inscription optionnelle d'une raison d'être dans les statuts de la société, le législateur a introduit la possibilité de faire publiquement état de la qualité de société à mission, en vertu de trois nouveaux articles, les articles L 210-10 à L 210-12 du Code de commerce. La possibilité pour une société de faire publiquement état de cette qualité en France est conditionnée à des règles de forme posées par l'article L 210-10 du Code de commerce comportant la détermination d'une raison d'être au sens de l'article 1835 du Code civil ; l'inscription dans les statuts de la société d'objectifs sociaux et environnementaux que l'activité de la société doit contribuer à atteindre ; la détermination dans les statuts de la société des modalités de suivi de l'atteinte des objectifs sociaux et environnementaux, et notamment la constitution d'un comité de mission chargé exclusivement de ce suivi et présentant un rapport annuel joint au rapport de gestion ; une vérification de l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux par un organisme tiers indépendant donnant lieu à un avis joint au rapport de gestion ; la déclaration de la qualité de société à mission au greffier du tribunal de commerce qui la publie au registre du commerce et des sociétés. La société pourra être sanctionnée et faire l'objet d'une injonction de supprimer la mention « société à mission » de tous ses documents, si elle ne respecte pas les conditions du nouvel article L 210-10 du code de commerce, ou si l'organisme tiers indépendant rend un avis négatif.

« *Qui sait si, à force de parler éthique, même dans une vue intéressée, les intervenants du marché ne finiront pas par épouser une authentique morale, créatrice « de sens », voire par devenir des sages* »[477]. C'est l'espoir auquel semble aspirer le mouvement de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise en incitant l'entreprise à intégrer des préoccupations

---

[474] CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises,* préc., pt.101.

[475] A. PIETRANCOSTA, « Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi pacte amendant le droit commun des sociétés », *Réalités industrielles*, 2019, n°4, p. 55.

[476] X. DELPECHE, « Publication du décret d'application de la loi Pacte sur les sociétés à mission », Dalloz actualité, 7 janvier 2020.

[477] PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000.

d'intérêt général. La réalisation de l'intérêt général peut devenir obligatoire pour l'entreprise dès lors que les pouvoirs publics ont besoin de son concours pour le réaliser.

B. L'obligation de l'entreprise de concourir à la réalisation de l'intérêt général

70. La responsabilisation des multinationales. Selon la maxime « on a autant de responsabilités que de pouvoir »[478], le corollaire de la puissance des multinationales serait la responsabilité. Cette responsabilité peut être fondée sur la puissance technique et économique **(1)** ou politique **(2)** de l'entreprise.

1. La responsabilité de l'entreprise fondée sur sa puissance technique et économique

71. La responsabilité de l'entreprise fondée sur sa puissance technique et économique. La responsabilité de l'entreprise en raison de sa compétence technique ou de sa puissance économique a d'abord été reconnue par le juge **(a)** avant d'être saisie par le législateur **(b)**.

a. Une responsabilité antérieurement retenue par le juge

72. La responsabilisation de l'entreprise par le juge. L'idée que le pouvoir entraîne des responsabilités a permis au juge de justifier la mise à la charge de l'entreprise d'obligations destinées à servir l'intérêt général. Dans un arrêt Federutility, la Cour de justice rappelle ainsi que l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne définit les principes de l'intervention de l'État comme la conciliation de l'intérêt général à « utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché intérieur »[479]. Autre exemple, dans l'affaire ENEL, la Cour estime que la spécificité de l'électricité oblige l'État à considérer que certaines entreprises sont en position « *stratégique et incontournable* » et peut leur imposer de fournir une grande quantité d'électricité à des prix contrôlés pour garantir la sécurité de l'approvisionnement et donc de la protection du consommateur[480].

Les juridictions nationales reconnaissent également des charges supplémentaires aux opérateurs nécessaires au fonctionnement optimal du système dès lors qu'ils sont en position

---

[478] P. RICOEUR, *Lectures, tome 1 : Autour du politique*, Seuil, 1991, p. 281.

[479] CJUE, 20 avril 2010, Federutility et autres c/ Autorità per l'energia elettrica e il gasaff, C-265/08, §28 ; *Europe*, 2010, n° 6, p. 20-21, note L. IDOT ; RTD eur. 2018, n°4, p. 835-837, note E. MULLER.

[480] F. BERROD, « Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou l'esthétique du double », *in* G. ECKERT et J.-P. KOVAR, *Les objectifs de la régulation économique et financière*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2017, p. 35.

d'avoir cette charge[481]. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 6 juillet 2017, SFR, Orange, Free, Bouygues télécom est exemplaire[482]. Dans cet arrêt, les opérateurs contestent la décision des juges du fond de faire peser sur les fournisseurs d'accès à internet les coûts de blocage des sites au contenu illicite, les textes européens les déclarant expressément non-responsables du contenu de ces sites[483]. La Cour de cassation constate que les textes européens ne s'opposent pas à ce que « le coût des mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause, ordonnées sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, soit supporté par les intermédiaires techniques, quand bien même ces mesures sont susceptibles de représenter pour eux un coût important » et relève que la Cour d'appel a déduit à juste titre que « la prise en charge par ces intermédiaires du coût des mesures de blocage et de déréférencement ordonnées était strictement nécessaire à la préservation des droits en cause »[484]. Ces opérateurs sont les seuls à pouvoir supporter les coûts de cette mesure technique, à eux donc de rendre effective la volonté politique de protéger les droits de propriété intellectuelle, tant que leur viabilité n'est pas menacée[485]. L'opérateur en mesure de rendre le système effectif doit ainsi l'assumer, techniquement et financièrement[486]. Ce raisonnement constitue le fondement de la *compliance*.

b. Une responsabilité nouvelle reconnue par la *compliance*

73. L'utilisation des informations détenues par l'entreprise aux fins de poursuite des missions des pouvoirs publics. Les autorités de poursuites étatiques ne disposent pas de l'information nécessaire à la poursuite des phénomènes criminels internationaux et au contrôle de l'activité des multinationales. L'État exige donc la collaboration de l'entreprise qui dispose de ces informations[487]. L'entreprise est ainsi tenue de dénoncer les phénomènes criminels détectés dans le cadre de son activité, notamment dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Elle peut également être incitée à s'autodénoncer suite à la détection d'une infraction commise en son sein, par exemple de corruption, menant une enquête interne en lieu et place des autorités de poursuites nationales[488]. L'efficacité de ces mesures a été mise en lumière par une étude de l'OCDE réalisée en 2017, intitulée « *The Detection of Foreign Bribery* », qui établit notamment que les mécanismes de corruption transnationale ont

---

[481] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le maniement de la propriété intellectuelle comme outil de régulation et de compliance », *in* M. VIVANT (dir.), *Les Grands Arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Grands arrêts, 3e éd., 2019, p. 43-53.

[482] *Ibidem*.

[483] *Ibid.*

[484] Cass. civ., 6 juillet 2017, n° 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595, Publié au bulletin ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2017, n° 142, p. 8-11, obs. E. DERIEUX ; Communication Commerce Électronique, 2017, n° 10, p. 25-27, obs. G. LOISEAU ; *Légipresse*, 2017, n° 353, p. 489-494, obs. T. DOUVILLE ; *RTD eur.* 2018, n° 2, p. 338-340, note A. JEAUNEAU ; *JCP G*. 2018, n° 15, p. 734-741, obs. N. BINCTIN.

[485] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le maniement de la propriété intellectuelle comme outil de régulation et de compliance », art. cit.

[486] *Ibidem*.

[487] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », D. 2017, p. 1619 ; A. GAUDEMET, « Conclusion », art. cit.

[488] A. GAUDEMET, « What is compliance ? », art. cit.

été, pour vingt-quatre pour cent d'entre eux, détectés à la suite d'une autodénonciation ou de l'action d'un lanceur d'alerte[489].

Développée « *dans le creux de l'impuissance publique* », la *compliance* devient « *la police des activités économiques* »[490]. Imaginée par un État privé de ses moyens d'action traditionnels, la *compliance* consiste à transférer le poids et le coût de la police des activités économiques qu'il n'a plus les moyens d'assurer lui-même, à des acteurs en capacité financière et technique d'assumer cette charge[491]. Il transforme ainsi les entreprises « *mondiales, informées et puissantes* » en « *agent de la légalité* »[492].

74. L'entreprise responsable d'un « *service public mondial* »[493]. Par la *compliance*, l'État confie un « *service public mondial* » à l'entreprise[494]. Les objectifs de *compliance* sont, en effet, de nature régaliens : ce sont des objectifs que les autorités publiques n'ont pas les moyens d'atteindre, mais dont elles estiment la concrétisation indispensable[495]. Le Groupe d'action financière[496] recommande, par exemple, de contraindre les entreprises du secteur privé impliquées dans le déplacement de la valeur ou qui disposent de connaissance unique concernant les activités financières de leurs clients, à mettre en œuvre un large éventail de mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[497]. Ces mesures ont pour objet de limiter la capacité des criminels à blanchir des fonds et autres biens, ou à financer le terrorisme. Elles ont également pour objet de protéger ces entreprises contre leur utilisation à de telles fins.

La *compliance* opère ainsi un transfert de responsabilité, par exemple du contrôle des conditions de travail dans l'entreprise, qui passe de l'État local, dont c'est normalement la charge, vers un acteur privé, le commanditaire, qui n'est pourtant même pas l'employeur, « *mais qui a été identifié et mis sous pression (par la menace d'une atteinte à sa réputation et donc à la valeur de sa marque) comme celui qui peut de fait, en raison de sa position économique, exercer un certain contrôle sur les conditions de travail, alors même qu'il n'avait au départ ni la volonté, ni la compétence, ni sans doute la légitimité pour endosser un tel*

---

[489] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 117.

[490] *Ibidem*, p. 31.

[491] A. GAUDEMET, « Conclusion », art. cit.

[492] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », art. cit. ; S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 31.

[493] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », art. cit.

[494] *Ibidem*.

[495] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 29 ; *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet,* préc., p. 45.

[496] Organisme intergouvernemental créé en 1989 par les Ministres de ses états membres. Ses objectifs sont l'élaboration des normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international, v. https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/.

[497] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce : Tendances et évolution*, préc. p. 47.

rôle »[498]. Les objectifs d'intérêts généraux poursuivis par l'État sont ainsi concrétisés grâce à la puissance de ces acteurs auxquels il faudrait reconnaître, d'après le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, le statut de « *régulateur de second niveau* »[499].

Monsieur Maymont s'interroge toutefois sur la pertinence de l'assimilation de la *compliance* à un « *service public mondial* » notamment sur le plan juridique « *tant la définition de la notion de service public qui répond à des critères et principes spécifiquement déterminés* »[500]. Il s'accorde toutefois au Professeur Frison-Roche pour constater que, s'il ne s'agit « *ni de leur fonction initiale, ni de la raison pour laquelle ils ont été créés* », les acteurs appliquant le droit de la *compliance* « *deviendraient finalement les opérateurs de ce service public mondial* » qui constituerait « *la contrepartie du monopole dont ils bénéficient et de leur positionnement économique et financier à l'échelle mondiale* » [501]. Ils endosseraient donc « *un nouveau rôle par délégation de la puissance publique* » comblant « *les faiblesses du droit international public reposant spécifiquement sur la volonté des États en faisant appel à une application souple et rapide* » [502].

Le pouvoir technique et économique de l'entreprise peut être mis au service de l'intérêt général lorsque cela est jugé nécessaire par les pouvoirs publics. À mesure que les pouvoirs économiques des entreprises se concentrent sur un marché, leur pouvoir politique se renforce[503]. Le Professeur Zingalès, a ainsi qualifié de « *cercle vicieux des Médicis* » ce mécanisme ou la puissance économique et la puissance politique des entreprises se renforcent mutuellement. Cette puissance politique justifie également la réalisation de l'intérêt général par l'entreprise.

2. La responsabilité de l'entreprise fondée sur sa puissance politique

75. Le pouvoir politique de l'entreprise. Les multinationales disposent aujourd'hui d'un haut niveau de compétence en matière de politique étrangère. Chez Microsoft, par exemple, plus de deux mille salariés suivent les affaires internationales, soit l'effectif du ministère des Affaires étrangères d'un pays de taille moyenne[504]. En terme opérationnel, la politique étrangère des firmes « *n'est pas bien différente de celle des États* » : elle consiste à définir leurs intérêts, principes et priorités ; collecter des informations de première main ; comprendre les enjeux et rapports de force historique et du moment ; nouer des relations de confiance avec les gens de pouvoir ou d'influence ; contrôler son image et sa réputation

[498] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? » *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 17.
[499] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 12.
[500] A. MAYMONT, *op. cit*., p. 146.
[501] *Ibidem*.
[502] *Ibid*.
[503] F. LÉVÊQUE, *op. cit*., p. 103.
[504] *Ibidem*, p. 135.

internationales, etc[505]. Elles ont ainsi la capacité d'intervenir dans les affaires intérieures et extérieures des États où sont localisés leurs investissements[506]. Les organisations non gouvernementales y voient une responsabilité d'influence sur les États en développement dans lesquels les multinationales opèrent[507]. Au de-là des pays en développement, la capacité d'influence des multinationales atteint également les grandes puissances étatiques. Les entreprises américaines de l'internet ont ainsi un dialogue permanent avec les autorités de Washington[508]. Les dirigeants de Google ont par exemple été reçus près de cinq cents fois à la Maison-Blanche sous Barack Obama, dont une vingtaine de fois dans le cadre de réunion en petit comité avec le président lui-même[509]. L'Europe n'a pas été en reste dans cette collaboration étroite avec les entreprises. Le registre de transparence de l'Union européenne permet de constater l'explosion des actions de lobbying des GAFAM entre mars 2021 et mars 2022, période durant laquelle l'agenda législatif européen était axé sur le secteur du numérique[510]. Le budget d'influence à la Commission européenne d'Apple a ainsi doublé, passant de trois millions cinq cent mille euros pour l'année 2019-2020, à sept millions pour l'année 2021-2022[511]. Selon une étude de l'Observatoire de l'Europe industrielle, soixante-quinze pour cent des deux cent soixante et onze réunions organisées par les commissaires européens pour discuter du Digital Services Act et du Digital Market Act ont eu lieu avec des entreprises technologiques[512]. Cette influence exercée par les entreprises sur le pouvoir politique n'est pas « *que pour le pire* », elle peut être pour le meilleur aussi. Le 25 mai 2021, plus de quarante entreprises européennes, dont l'Oréal, Lidl et Ferrero ont ainsi demandé à la Commission européenne d'adopter un projet de loi afin de mettre fin à la commercialisation de matières premières et produits liés à la déforestation et la conversion des écosystèmes[513]. D'après un rapport récent de l'organisation non gouvernementale WWF, l'Union européenne est en effet le deuxième plus gros importateur mondial de produits issus de la déforestation tropicale au travers de l'importation de matières premières comme le soja, l'huile de palme, le cacao, le café ou encore la viande[514]. La mise sur le marché de matières premières et de produits plus durables dans des conditions équitables nécessite l'adoption d'un cadre législatif clair avec

---

[505] *Ibid*.

[506] *Ibid*.

[507] J. IGALENS, « La norme ISO 26000, vers une gouvernance mondiale par les normes ? », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Économica, 2012, p. 86 ; O. CLAUDE et A. LEVY, art. cit.

[508] P. VIMONT, « La place de la diplomatie dans l'avancée d'une Europe de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, p. 49.

[509] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 103.

[510] A. SERS, « L'Europe renforce sa législation sur le numérique, Apple double ses dépenses en lobbying à Bruxelles », le 19 avril 2022, disponible en ligne : https://www.portail-ie.fr/univers/influence-lobbying-et-guerre-de-linformation/2022/leurope-renforce-sa-legislation-sur-le-numerique-apple-double-ses-depenses-en-lobbying-a-bruxelles/#:~:text=L%27industrie%20du%2numérique%20s,%25%20du%20chiffre%20d%27affaires.

[511] *Ibidem*.

[512] *Ibid*.

[513] « Plaidoyer de 40 entreprises auprès de l'UE en faveur d'une législation renforcée contre la déforestation », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 4, Juillet 2021, act. 143.

[514] *Ibidem*.

des exigences obligatoires de diligence raisonnée, de transparence et de traçabilité[515]. Une proposition de règlement a donc été présentée en ce sens par la Commission européenne.

76. Les actions politiques de l'entreprise. Bien consciente de sa dimension politique, les entreprises expriment de plus en plus d'engagements éthiques volontaires par des chartes, que certains auteurs élèvent au rang de « *Constitution* »[516], voire prennent des décisions politiques. À titre d'exemple, le 8 janvier 2021, à la suite de l'intrusion de centaines de partisans de Donald Trump dans le Capitole pour faire annuler la défaite républicaine lors de l'élection présidentielle américaine, Twitter a pris la décision de suspendre de façon permanente le compte de Donald Trump[517]. Cette décision du réseau social est fondée sur la violation des conditions d'utilisation du service, certains messages ayant été regardés comme incitant à la violence. Cette atteinte à la liberté d'expression est ainsi justifiée par la protection de l'ordre public notamment contre les discours incitant à la haine. L'incident démontre toutefois « *la contribution décisive des réseaux sociaux à la perturbation des processus démocratiques par le contrôle technique du débat public* »[518]. Autre exemple, le jeudi 18 février 2021, Facebook a décidé, en représailles à un projet de loi du gouvernement australien qui veut forcer les plateformes à rémunérer les médias pour la reprise de leur contenu, d'empêcher les groupes de presse et utilisateurs de partager ou de consulter tout article d'actualité sur le réseau social en Australie[519]. Dernier exemple, face à la flambée des prix de l'énergie, mercredi 9 février 2022, Monsieur Patrick Pouyanné, patron de Total Énergies, promet un chèque de cent euros sur le gaz et cinq euros de remise sur un plein d'essence en zone rurale pour aider ses clients en précarité énergétique[520].

Certaines en viennent à revendiquer une capacité régalienne propre aux États : celle de battre monnaie. Il en va ainsi du projet de Mark Zuckerberg présenté en juin 2019, visant à créer une nouvelle devise, la Libra, qui pourrait être utilisée pour afficher les prix, faire ses achats et conserver ses économies partout dans le monde[521]. Si Facebook n'est pas le précurseur des moyens de paiement numérique, des cryptomonnaies ou de l'utilisation de la technologie blockchain pour enregistrer et suivre les transactions, l'originalité du projet réside dans sa garantie de stabilité de réserve[522]. Les pouvoirs politiques et les autorités monétaires des États

---

[515] *Ibid*.

[516] M.-A, FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.

[517] « Le compte Twittter de Donald Trump définitivement suspendu pour éviter les « incitations à la violence » », Midi Libre, 9 janvier 2021.

[518] C. LEQUESNE ROTH et V. NDIOR, « Réseaux sociaux et contre-pouvoirs : penser les nouveaux modes de régulation », D. 2021. 1091.

[519] « Facebook bloque les articles de presse en Australie », Courrier international, 18 février 2021, https://www.courrierinternational.com/article/reseaux-sociaux-facebook-bloque-les-articles-de-presse-en-australie.

[520] Total promet un chèque de 100 euros sur le gaz et 5 euros de remise sur un plein en zone rurale, Ouest-France, 9 février 2022, https://www.ouest-france.fr/economie/entreprises/total/energie-100-euros-de-remise-sur-le-gaz-et-5-euros-sur-un-plein-d-essence-annonce-le-pdg-de-total-ed7d37dc-8972-11ec-a193-c2f6a0cd3665.

[521] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 135.

[522] *Ibidem*.

y ont vu une menace contre leur souveraineté monétaire. Bruno le Maire, ministre des finances français, a notamment réagi en déclarant que « *la Libra n'est pas la bienvenue sur le territoire européen »,* estimant que *« c'est notre souveraineté qui est en jeu* »[523]. Le Congrès américain et Donald Trump ont également conclu à une menace portée à l'hégémonie du dollar[524].

77. La volonté de contrôler la puissance de l'entreprise. « *Quand les entreprises exercent une influence grandissante sur le pouvoir politique, le très grand devient trop grand* »[525]. Certains acteurs exercent ainsi un pouvoir suffisamment important pour inquiéter[526]. Les acteurs du numérique, notamment, sont devenus « *une puissance qui menace la liberté et la personne* »[527]. Leur essor continu rend redondantes les questions suivantes : « *sont-elles devenues plus puissantes que les états, les dépouillant de leur souveraineté ? Sont-elles les nouveaux maîtres du monde ?* »[528]. Il semble qu'il n'y ait que deux solutions face à cette puissance : soit les détruire soit les utiliser[529]. Le démantèlement de Facebook est ainsi réclamé par de nombreuses voix, y compris celle d'un de ses cofondateurs, ou encore par le Professeur Elisabeth Warren. Le groupe serait, en effet, devenu trop puissant et cette puissance ne servirait que ses propres intérêts[530]. Le démantèlement des GAFAM est par ailleurs « *l'un des chevaux de bataille* » du ministère de la Justice américain depuis maintenant plusieurs années[531]. Après plusieurs tentatives infructueuses, le *Department of justice* américain ne faiblit pas et vient d'engager une procédure en droit de la concurrence à l'encontre de Google, dans l'espoir de démanteler l'entreprise et pouvoir libérer le marché. Si les efforts du gouvernement américain s'avèrent fructueux, Google devrait probablement devoir se séparer de ses activités concernant la publicité en ligne. Soumettre les acteurs du numérique à la *compliance,* c'est faire le second choix : il s'agit alors d'utiliser les forces des acteurs du numérique pour protéger l'intérêt général. Les travaux adoptant une approche géopolitique de la *compliance* concluent également au lien entre la puissance de certaines entreprises rendue possible par la mondialisation ainsi que leur mutation de fait en acteurs géopolitiques, et la nécessaire progression de leur responsabilité notamment par la *compliance*[532].

---

[523] « "La Libra n'est pas la bienvenue" : Bruno Le Maire annonce "des mesures" pour interdire la cryptomonnaie de Facebook en Europe », Franceinfo, 18 octobre 2019, https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/facebook/la-libra-n-est-pas-la-bienvenue-bruno-le-maire-annonce-des-mesures-pour-interdire-la-cryptomonnaie-de-facebook-en-europe_3665203.html.

[524] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 135.

[525] *Ibidem*, p. 103.

[526] *Ibid*, p. 51.

[527] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.

[528] F. LEVEQUE, *op. cit*., p. 135.

[529] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.

[530] M.-A. FRISON-ROCHE, « Gouvernance d'internet : " Nous sommes face à un enjeu de civilisation " », LPA, 18 juillet 2019, n° 146q1, p. 4.

[531] C. SAILLANT, « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », Dalloz Actualité, Européen, IP/IT et communication affaires, Concurrence – Distribution, le 24 février 2023.

[532] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 31.

La *compliance* offre ainsi une solution nouvelle face à la puissance des entreprises : au lieu de les démanteler, il faut se servir de cette puissance au profit de l'intérêt général[533]. Il s'agit alors de déléguer des missions d'intérêt général à l'entreprise comme de lutter contre le financement du terrorisme, contre la déforestation ou encore contre la corruption. Cette délégation « n'est pas normative, elle est dans l'exécution »[534]. La détermination des objectifs d'intérêts généraux poursuivis par les lois de *compliance* reste en effet « *dans la main de l'État* » : les entreprises servent ces objectifs, en sont « *les voies de concrétisation efficace* », mais ne les formulent pas[535]. La *compliance* se présente alors comme une solution pour que l'État reprenne le contrôle des entreprises « *hyperpuissantes* » tout en profitant de leur dynamisme[536]. L'entreprise est alors « *au cœur du système, mais n'en est pas le maître* »[537]. La *compliance* n'est donc pas une « *défaite* » de l'État, mais au contraire, « *un accroissement de sa capacité à formuler des prétentions* », lui assurant le bénéfice de la puissance et de l'efficacité des grandes entreprises multinationales[538]. Il ne s'agit donc pas d'une perte de souveraineté de l'État, mais d'une redistribution de la puissance d'action des acteurs publics et privés[539].

78. Conclusion §2. Le renouvellement de la souveraineté étatique par la *compliance*. L'examen des idées développées en philosophie politique a ainsi permis à Madame Abadie d'affirmer que la séparation aujourd'hui consommée entre l'entreprise d'une part et l'espace public dans lequel elle évolue de l'autre n'est aucunement naturelle, mais procède d'un cycle historique[540]. La *compliance* pourrait alors incarner un retour à une forme de sérénité entre ces deux notions. En transférant le poids et le coût du contrôle que l'État ne parvient plus à exercer efficacement sur les multinationales, la *compliance* lui permet de « *recouvrer indirectement la souveraineté* » qu'il avait perdue sur ces entreprises[541]. Elle permet également à l'État de protéger sa souveraineté par la défense de ses intérêts économiques[542].

---

[533] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 10.

[534] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : " les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion " », 16 septembre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/rapport-de-synthese-in-les-buts-monumentaux-radios/.

[535] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 8.

[536] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.

[537] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 8.

[538] *Ibidem*.

[539] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.

[540] P. ABADIE, préc., p. 158.

[541] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », art. cit.

[542] *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, préc., p. 39.

SECTION 2 : LA *COMPLIANCE* OUTIL DE PUISSANCE ECONOMIQUE

79. Les rivalités législatives internationales. Afin de défendre les droits fondamentaux, les États économiquement puissants ont fait le choix de l'édiction de lois extraterritoriales, à défaut d'une « *réglementation internationale par le haut* »[543]. Les législations nationales s'inspirent les unes des autres pour défendre les mêmes objectifs, formant une « *conjonction réglementaire* »[544]. Ces législations entrent en concurrence les unes avec les autres, créant des rivalités politiques qui détournent ces législations de leurs objectifs initiaux[545]. En témoigne le rapprochement entre le *Foreign corrupt Practices Act* américain, le *UK Bribery Act* anglais et la loi Sapin 2 française, dont l'objectif commun d'éradiquer la corruption d'agents publics à l'étranger s'est dévoyé en une arme de guerre économique mondiale **(§1)**. Si la *compliance* a ainsi permis à la France de rivaliser avec ces puissances étrangères, seule l'Union européenne dispose de l'influence nécessaire pour s'imposer dans ce bras de fer **(§2)**.

§1. LA VOLONTE POLITIQUE DE PROTECTION DES INTERETS ECONOMIQUES FRANÇAIS FACE AUX LEGISLATIONS ETRANGERES OFFENSIVES

80. La recherche d'une protection des intérêt économiques français. Un volet du droit de la *compliance* s'est développé en France en réaction à l'efficacité de législations étrangères offensives fragilisant les entreprises nationales **(A)**. Celles-ci souffraient notamment du manque de crédibilité de la France dans la lutte contre la corruption internationale, devenu un enjeu économique que la France a su atteindre grâce à la *compliance*[546] **(B)**.

A. L'instrumentalisation du droit comme arme de guerre économique

81. Les pratiques de prédation des autorités de poursuite américaines. Le rapport Gauvin commence ainsi : « *Les États-Unis d'Amérique ont entraîné le monde dans l'ère du protectionnisme judiciaire. Alors que la règle de droit a, de tout temps, servi d'instrument de régulation, elle est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe* »[547]. Depuis plusieurs décennies, les États-Unis ne cessent de s'armer

---

[543] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[544] *Ibidem*.

[545] *Ibid*.

[546] Audition de Michel Sapin par la commission d'évaluation de la loi Sapin 2 le mercredi 20 janvier 2021, vidéo disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

[547] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 3 ; v. également O. LEURENT, « Avant-propos : ouverture du colloque par Olivier Leurent », *in De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 5, disponible en ligne.

législativement pour conserver la mainmise sur les échanges économiques mondiaux[548]. Ils ont ainsi développé un arsenal juridique propice à la « *domination* » et à la « *prédation* »[549]. Sur les vingt dernières années, plusieurs dizaines de milliards de dollars d'amendes ont été réclamées à des entreprises françaises, européennes, sud-américaines et asiatiques, au motif que leurs pratiques commerciales, leurs clients ou certains de leurs paiements ne respectaient pas le droit américain, alors même qu'aucune de ces pratiques n'avait de liens directs avec le territoire des États-Unis ou que ces entreprises se conformaient au droit de leur pays[550]. Le rapport Gauvin dénonce une motivation économique des poursuites engagées par les autorités américaines qui choisiraient leurs cibles à dessein en relevant que seules de grandes entreprises européennes et asiatiques, en concurrence directe avec des entreprises américaines, sont visées[551]. La lutte contre la corruption est une illustration de ce phénomène, conjuguant une application extraterritoriale excessive de la loi anticorruption américaine **(1)** à une procédure intrusive **(2)**.

1. Une compétence extraterritoriale excessive des autorités de poursuites américaines

82. Les conditions favorisant une application extraterritoriale large de la loi. Une application extraterritoriale de la loi américaine est relevée dans de nombreux domaines de la vie économique et financière, « *soumettant les entreprises du monde entier aux enquêtes des autorités et à leurs sanctions* »[552]. Le *Foreign Corrupt Practices Act* en est une illustration. Votée en 1977 pour lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger, sa révision en 1997 permis d'élargir le champ de compétence du *Department of justice* et de la *Securities and Exchange Commission*, permettant aux autorités publiques américaines de s'affirmer dans un rôle de « *gendarme mondial* »[553], par son application extraterritoriale large, voire « *distendu* »[554]. L'extraterritorialité d'une loi suppose, en réalité, un lien de rattachement qu'il soit territorial, personnel ou résultant d'une atteinte aux intérêts internationaux d'un État[555]. Un lien de rattachement est caractérisé au sens du *Foreign Corrupt Practices Act* pour les étrangers présents sur le territoire américain[556], mais également ceux qui émettent ou commercialisent des actions ou obligations aux États-Unis[557], et enfin ceux qui se retrouvent directement ou via un agent sur le territoire des États-Unis[558]. C'est sur la base de cette dernière catégorie que les

---

[548] A. SENTILHES, « Comment les entreprises françaises se protègent-elles face aux armes législatives américaines ? », Portail de l'IE, 7 juin 2021 ; E. BREEN, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 56.

[549] A. SENTILHES, art. cit.

[550] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 3.

[551] *Ibidem*.

[552] *Ibid*, p. 13.

[553] S. BORLANT-CLÉMENT, *op. cit*., p. 117.

[554] H. GUYADER, « Extraterritorialité des lois américaines, l'émergence de limites ? », *RLDA* 2020, n° 157.

[555] *Ibidem*.

[556] 15 U. S. Code § 78dd-2 – *Prohibited foreign trade practices by domestic concerns*.

[557] 15 U. S. Code § 78dd-1 – *Prohibited foreign trade practices by issuers*.

[558] 15 U. S. Code § 78dd-3 – *Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns*.

autorités américaines opèrent des interprétations extensives du lien de rattachement en considérant par exemple que l'utilisation de messageries dont les serveurs sont situés aux États-Unis suffit à justifier de la compétence des autorités américaines[559]. Le 15 septembre 2022, la compagnie aérienne brésilienne GOL Linhas Aéreas Inteligentes, accusée de verser des pots-de-vin à des fonctionnaires brésiliens, a ainsi accepté de verser quarante et un millions et cinq cents mille dollars aux autorités américaines compétentes en raison de la transmission d'informations par téléphone et via des applications de messageries éphémères dont les serveurs sont exclusivement situés aux États-Unis[560]. Quant à la notion « d'atteinte aux intérêts américains », l'appréciation en est également particulièrement large[561]. À ce titre, le gouvernement américain défend la doctrine qui fait de la compensation des paiements en dollars la source de leur ingérence, ce qui justifie la sanction des autorités américaines pour une telle compensation par un correspondant aux États-Unis à la fois conforme aux droits du pays où elle a été initiée et au droit national des personnes liées à l'opération où est son exécution, mais qui est contraire à la loi américaine[562]. Tout paiement effectué en dollars génère donc le risque de voir l'opération contrôlée et condamnée[563].

Ce caractère extraterritorial particulièrement large a pu se justifier par le fait que le *Foreign Corrupt Practices Act* est resté pendant près de vingt ans la seule réglementation contre la corruption[564]. Il vise à rétablir des déséquilibres concurrentiels entre les entreprises américaines et étrangères en punissant ces dernières, au même titre que les premières, pour des faits de corruption[565]. Ces dernières années, les entreprises européennes se sont vues imposer des sanctions de plusieurs centaines de millions de dollars, influençant le développement de ces entreprises ainsi que la conduite de leur activité et faisant du *Foreign Corrupt Practices Act* « *une arme économique et diplomatique américaine* »[566]. Le *Foreign Corrupt Practices Act* est devenu un vecteur d'exportation des lois américaines pour contrôler et sanctionner politiquement via le marché. Entre 2008 et 2017, vingt-six entreprises ont ainsi été condamnées

---

[559] « Commentaire – The Foreign Corrupt Practices Act, 1977 (FCPA – États-Unis) » *in Code de la compliance*, Dalloz, 2020, 1ère éd., p. 1807 et sv. : Selon le guide commun SEC/DOJ publié en 2012 sur le FCPA, « passer un appel téléphonique ou envoyer un courriel, un message textuel ou un fax depuis, vers ou via les États-Unis implique un commerce interétatique – tout comme l'envoi d'un virement bancaire depuis ou vers une banque américaine ou l'utilisation du système bancaire américain, ou encore le fait de voyager à travers les frontières des États ou à l'étranger depuis ou vers les États-Unis ».

[560] B. LANGE, « La justice US sanctionne la compagnie aérienne brésilienne GOL pour corruption... Au Brésil », 10 octobre 2022, disponible en ligne : https://outlook.skan1.fr/2022/10/10/la-justice-us-sanctionne-la-compagnie-aerienne-bresilienne-gol-pour-corruption-au-bresil/.

[561] H. GUYADER, art. cit. ; R. BISMUTH, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : le point de vue du droit international public », *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 37-64.

[562] H. GUYADER, art. cit.

[563] *Ibidem*.

[564] B. CAZENEUVE, « La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises », *RJSP* 2019, n° 16, p. 4 ; B. CAZENEUVE et P. SELLAL, « Vers un " Paquet Compliance Européen " », *RED* 2020, n°1, p. 63.

[565] D. SOULEZ LARIVIERE, « Du respect de la concurrence à l'évangélisme et de l'évangélisme à l'impérialisme », Dalloz actualité 16 mai 2008.

[566] B. CAZENEUVE, art. cit.

au titre du *Foreign Corrupt Practices Act* par les autorités de poursuites américaines, mais sur ces vingt-six entreprises, quatorze sont Européennes et seulement cinq sont américaines[567]. Les entreprises européennes semblent ainsi être la première cible des autorités judiciaires américaines, constituant l'essentiel du poids des amendes prononcées par les autorités de poursuite entre 2008 et 2018[568]. À ces chiffres, s'ajoute l'absence totale de sanction d'entreprises d'origine chinoise et russe, laissant planer un doute sur l'impartialité des autorités de poursuite américaines qui semblent instrumentaliser l'appareil judiciaire américain aux fins de guerre économique et commerciale, en particulier contre l'Europe[569].

Le juge a eu l'occasion de limiter la pratique extensive des autorités de poursuites américaines notamment dans une affaire United States v. Hoskins[570]. Il était alors reproché à Lawrence Hoskins, Britannique, salarié de la filiale Alstom U.K, d'avoir pris part à des faits de corruption d'agents publics indonésiens[571]. Ces faits avaient notamment été reconnus par la société Alstom S.A lors de la signature en décembre 2014 d'un *Deferred prosecution agreement*[572]. Poursuivi aux États-Unis, Monsieur Hoskins avait contesté être assujetti aux dispositions anticorruptions américaines ce que le procureur américain avait reconnu puisque le Britannique était salarié d'une filiale non américaine du groupe Alstom et qu'aucun acte constitutif d'une infraction n'avait été commis par Monsieur Hoskins sur le territoire américain. Pour fonder ses poursuites à son encontre, le *Department of justice* a opéré une interprétation extensive du principe de droit fédéral américain de « complicité » et du concept de « conspiracy »[573] en considérant que Monsieur Hoskins avait aidé la filiale Alstom US, elle-même soumise au droit américain. La Cour d'appel fédérale pour le Deuxième Circuit a néanmoins décidé d'annuler cette mise en examen, concluant que le *Foreign Corrupt Practices Act* « *dispose clairement que les ressortissants étrangers ne peuvent enfreindre la loi en dehors des États-Unis que s'ils sont agents, employés, dirigeants, administrateurs ou actionnaires d'un émetteur américain ou d'une entreprise nationale américaine. Pour engager la responsabilité d'Hoskins, le gouvernement doit démontrer qu'il appartient à l'une de ces catégories ou qu'il*

---

[567] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 17.

[568] « 5,339Md$ sur un total de 8,872Md$, soit 60,17% du montant total des amendes prononcées » v. *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 19.

[569] *Ibidem* ; E. PITRON et K. COURTEAUT, « Intelligence économique et compliance : oxymore ou prétérition ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, avril 2019, n°2, 69.

[570] Affaire United States v. Hoskins cases, 2d cir. Aug. 24, 2018, n° 16-1010, WL 4038192.

[571] P. DUFOUR et M. KROUTI, « De nouvelles réflexions autour de l'extraterritorialité de la loi pénale américaine anticorruption », *Dalloz actualité*, 13 septembre 2019.

[572] v. *infra*. pt. 83.

[573] « selon ce principe, une personne peut être poursuivie pour complicité de violation d'une loi fédérale américaine à laquelle il n'est pas soumis en tant qu'auteur principal, dès lors que le procureur est compétent pour poursuivre l'un, au moins, des co-conspirateurs » v. P. DUFOUR et M. KROUTI. art. cit.

a agi illégalement sur le sol américain »[574]. L'application extraterritoriale du *Foreign Corrupt Practices Act* trouve donc des limites par le contrôle du juge qui en pratique se fait rare[575].

Le lien de rattachement de l'affaire au territoire américain est, en effet, rarement débattu devant le juge, car la particularité de la procédure américaine est sa « *déjudiciarisation* » [576]. Le *Department of Justice* initie en effet, systématiquement ses procédures par une négociation informelle avec la partie mise en cause, hors de tout cadre procédural et contrôle judiciaire, sans garantie en matière de protection des droits de la défense[577]. La menace du procès emporte le succès du dispositif, et notamment la crainte d'une condamnation pénale entraînant une publicité incompatible avec la vie des affaires, un coût important et un risque élevé en termes de sanctions, que ce soit pour la personne morale avec la perspective d'un retrait de l'immatriculation ou de la licence, ou d'une interdiction d'exercer ou de commercer, ou pour les personnes physiques concernées sur lesquelles plane la menace de la peine d'emprisonnement[578]. Outre les risques de la condamnation, son succès tient au rapport au temps, le recours est long et il est facile pour l'autorité de régulation de mettre à exécution des mesures immédiates telles que la suspension de l'autorisation de mise sur le marché dans l'attente d'un procès au fond[579]. D'autant que cette temporalité est incompatible avec la poursuite des affaires, la valeur de l'entreprise cotée en bourse n'est pas calculée à partir de ce qu'elle vaut aujourd'hui, mais demain, l'aléa de la justice entre les mains desquelles repose son sort représente donc un danger[580]. La peur incite ainsi les entreprises à accepter la négociation sans contester la compétence du *Department of Justice* qui exerce un chantage très direct à l'encontre de l'entreprise et de ses dirigeants, qui lui permet d'asseoir sa compétence même lorsqu'elle est fragile[581]. À ce jour, et depuis la ratification de la convention de l'OCDE par les États-Unis en 1999, toutes les entreprises visées par des poursuites du *Department of Justice* au titre du *Foreign Corrupt Practices Act* ont accepté un accord[582] malgré la procédure particulièrement inclusive que cet accord implique.

---

[574] *Ibidem*.

[575] L. LOW et B. PRELOGAR, « Judicial limits on US Prosecution of Foreign national for Overseas bribery », *Revue international de la compliance et de l'éthique des affaires*, décembre 2018, n°2 ; L. COHEN-TANUGI, « Le contentieux transatlantique de l'extraterritorialité : rétablir l'égalité des armes sur le terrain », *RED* 2020, p. 68.

[576] H. GUYADER, art. cit. ; v. également L. COHEN-TANUGI, art. cit. ; v. E. BREEN, art. cit.

[577] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p.17

[578] *Ibidem*, p. 36 ; E. BREEN, art. cit.

[579] A. GARAPON et P. SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, *PUF*, 2013, p. 70.

[580] *Ibidem*, p. 175.

[581] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 17.

[582] *Ibidem*.

2. Une procédure intrusive

83. L'enquête interne. La coopération est onéreuse pour les entreprises, puisqu'elle commence par une enquête interne aux frais de l'entreprise. Dans l'affaire Siemens, par exemple, le *Department of justice* a révélé que les avocats et les auditeurs externes de Siemens ont consacré plus d'un million cinq cents mille heures facturables à cette enquête et mobilisé plus de cent avocats et cent trente auditeurs externes[583]. Ils ont conduit plus de mille sept cent cinquante auditions dans trente-quatre pays et organisé huit cents réunions d'information. Siemens a évalué le coût de cette enquête interne et des aménagements internes en découlant à plus d'un milliard de dollars. Cette enquête implique par ailleurs un transfert important d'informations et de preuves par les entreprises françaises au *Department of justice*, ainsi dans cette même affaire plus de cent millions de documents ont été collectés et conservés[584]. Ce transfert est d'autant plus problématique que les avis des services juridiques des entreprises françaises ne bénéficient pas de la confidentialité[585]. Aux termes de l'enquête interne, les poursuites sont suspendues par la signature d'un accord.

84. La signature d'un accord. L'accord conclu entre les autorités de poursuite américaine et la société mise en cause peut être de trois types. Lorsque les faits dont l'entreprise est suspectée sont particulièrement graves et que le *Department of justice* estime que l'entreprise n'a pas suffisamment collaboré, la conclusion d'un « *guilty plea* » est proposé[586]. Dans cet accord, l'entreprise reconnaît ses fautes et s'expose à des sanctions particulièrement importantes tout en conservant toutefois l'accès au marché américain. Tel fut ainsi l'accord signé par Alstom avec le *Department of justice* le 22 décembre 2014 au terme duquel l'entreprise accepta de payer la somme de sept cent soixante-douze millions de dollars. L'autorité de poursuite justifie la sévérité de la sanction par les efforts déployés par la société pour entraver l'enquête et ses agissements criminels antérieurs[587]. Plus récemment, la société Lafarge SA et sa filiale syrienne ont plaidé coupables pour avoir fourni un soutien matériel à des organisations terroristes et négocié avec l'État islamique pour rechercher un avantage

---

[583] A. GARAPON et P. SERVAN-SCHREIBER, *op. cit*., p. 73.

[584] *Ibidem*.

[585] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 36.

[586] A. LAÏDI, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique, comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes sud, 2019, p. 119.

[587] "The plea agreement cites many factors considered by the department in reaching the appropriate resolution, including: Alstom's failure to voluntarily disclose the misconduct even though it was aware of related misconduct at a U.S. subsidiary that previously resolved corruption charges with the department in connection with a power project in Italy; Alstom's refusal to fully cooperate with the department's investigation for several years; the breadth of the companies' misconduct, which spanned many years, occurred in countries around the globe and in several business lines, and involved sophisticated schemes to bribe high-level government officials; Alstom's lack of an effective compliance and ethics program at the time of the conduct; and Alstom's prior criminal misconduct, including conduct that led to resolutions with various other governments and the World Bank." v. DOJ, "Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay $772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges", Monday, December 22, 2014, https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery.

économique et accepté de payer la somme de sept cents soixante-dix-sept millions de dollars[588]. Le montant de l'amende est justifié eu égard à la gravité des faits reprochés, les efforts de dissimulation des mises en cause notamment par la création d'entités commerciales intermédiaires fictives, l'utilisation d'adresses e-mail personnelles ou la dissimulation des faits lors du rachat de la société Lafarge par la société Holcim, ainsi que le manque de coopération à l'enquête.

Le *Department of justice* peut ensuite proposer la conclusion d'un « Deferred Prosecution Agreement » au terme duquel le *Department of justice* inculpe l'entreprise tout en requérant la suspension de la procédure judiciaire en contrepartie de la reconnaissance des faits, de la renonciation à la prescription et de la mise en œuvre de mesures de *compliance*. La signature de l'accord s'accompagne du paiement d'une lourde amende dont le montant résulte des faits de corruption allégués, mais également d'autres facteurs de diminution ou d'augmentation de la peine, tels que : l'autodénonciation de l'entreprise ; la coopération de l'entreprise suite à sa mise en cause ; l'existence d'un système organisé de prévention de la corruption au sein de l'entreprise ; l'enrichissement résultant de cette corruption ; le temps passé par l'autorité de poursuite sur l'affaire. L'entreprise est incitée à coopérer pleinement, le montant final de sa sanction en dépend largement. Les sanctions prononcées sont toutefois parfois jugées disproportionnées par un certain nombre d'observateurs qui accusent les autorités de poursuites américaines de fragiliser à dessein les entreprises étrangères dans la compétition internationale[589]. Un accord par écrit entre l'entreprise et l'autorité de poursuite est déposé auprès du tribunal et généralement publié sur le site du *Department of justice*. Si l'entreprise remplit les conditions de l'accord dans un délai déterminé, en général deux ou trois ans, le *Department of justice* retire l'inculpation et l'entreprise est réputée non condamnée pénalement. Le *Department of justice* peut enfin proposer la conclusion d'un « *Non-Prosecution Agreement* » au terme duquel l'entreprise ne plaide pas coupable, mais reconnaît les faits et s'engage à ne jamais les contester, non plus que la procédure, y compris dans toute autre procédure subséquente, qu'elle soit américaine ou étrangère[590]. L'enquête pénale contre l'entreprise n'est suspendue qu'une fois remplies certaines conditions, analogues aux précédentes, par cette dernière.

85. Les mesures de *compliance*. Les accords passés avec les autorités de poursuites sont généralement conditionnés par la mise en œuvre de mesures de *compliance*, contraignant l'entreprise pour l'avenir et sous surveillance d'un monitor choisi par le *Department of justice*,

---

[588] DOJ, « Lafarge Pleads Guilty to Conspiring to Provide Material Support to Foreign Terrorist Organizations », 18 octobre 2022 : https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations.

[589] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 3.

[590] *Ibidem*, p. 36.

qui lui rend compte, mais toujours aux frais de l'entreprise[591]. Le moniteur aura ainsi accès à toute l'activité et à tous les secrets de l'entreprise pendant la durée de son mandat et évaluera l'action de l'entreprise de manière régulière. L'affaire est close après plusieurs années de bonnes conduites dûment constatées. Les entreprises françaises ainsi appréhendées ont donc pris un départ anticipé par rapport à la loi du 9 décembre 2016. Il en va ainsi du groupe Total qui ayant conclu un accord de *deferred prosecution* avec les autorités américaines en 2013 a conçu et déployé, sous monitoring durant trois années, un programme de *compliance* anticorruption[592].

B. L'efficacité de la compliance face à l'interventionnisme des autorités publiques étrangères

86. L'interventionnisme des autorités publiques américaines. L'inertie des pouvoirs publics étrangers à sanctionner les faits de corruption commis par leurs sociétés a justifié un interventionnisme excessif des pouvoirs publics américains, fragilisant tant la souveraineté que l'action publique des pays étrangers, notamment la France ainsi que la compétitivité de ses entreprises[593]. Sous l'influence américaine, un nombre croissant d'États se sont alors dotés d'outils performants de prévention et de répression de la corruption à porter extraterritoriale, devenant des facteurs de compétitivité **(1)** et justifiant l'application du principe *non bis in idem* **(2)**.

1. Les facteurs de compétitivité de la législation anticorruption française

87. Un système de *compliance* mêlant prévention et répression. L'État aurait pour mission de « *renforcer les chances de la nation dans la compétition mondiale* », ce qui implique notamment de défendre les intérêts économiques de la France[594]. Afin de protéger ses entreprises nationales, le législateur a souhaité hisser sa réglementation anticorruption au niveau des meilleurs standards internationaux[595]. L'enjeu est de donner à « *l'État français une place capitale au sein de l'espace juridique* » pour qu'il soit le seul acteur capable de

[591] F. BADIE, « Le syndrome d'Azincourt ou de la nécessité pour les entreprises de s'adapter au nouvel environnement international » *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, 2016, p. 15-36.

[592] A. HAMELLE, « Conformité et gestion des risques : l'exemple de total » *in De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anti-corruption*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 33.

[593] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, déposé le 7 juillet 2021, n° 4325, p. 14.

[594] *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde, Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État*, préc., p. 7.

[595] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 117 ; M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance », *RSC* 2017, p. 465.

sanctionner et règlementer les entreprises françaises[596]. Lors de la neuvième édition des Débats du Cercle qui s'est tenue au Grand Hôtel Intercontinental Opéra à Paris, Bernard Cazeneuve a ainsi rappelé les fondements de la loi Sapin 2[597], en précisant que « *les raisons qui ont présidé à l'élaboration de ces règles de conformité, ce n'est pas par pathologie, mais pour des raisons objectives : les règles extraterritoriales des États-Unis* »[598]. Il ajoute que « *dans une économie compétitive, le droit peut servir une politique de puissance* » et qu'à ce titre « *il fallait un rééquilibrage* » pour les entreprises françaises, menacées par les grandes affaires de corruption[599]. Par la loi Sapin 2, le législateur a créé un système de *compliance* efficace, mêlant prévention et répression. D'abord, son action *ex ante* oblige les entreprises à investir dans la mise en place de normes et procédures destinées à prévenir les risques et détecter les infractions. Cette action garantit une politique standard de prévention anticorruption élevée au sein des entreprises françaises destinée notamment à détourner l'attention des autorités de poursuite étrangères de celles-ci[600]. Elle marque également la singularité du dispositif français par rapport aux dispositifs étrangers et notamment américain et anglais par son formalisme. L'Agence française anticorruption relève ainsi qu' « avant même l'élaboration des premières recommandations de l'AFA, la loi Sapin 2 tout en se conformant aux standards internationaux, est un texte à la fois singulier et formaliste qui se distingue des autres normes, notamment américaines et du Royaume-Uni : singulier, car la loi Sapin 2 impose une obligation de programme de conformité ex ante et embrasse à la fois la situation des entreprises et celle des acteurs publics, ce qui la distingue des autres normes contraignantes étrangères, y compris aux USA et au Royaume-Uni [...] formaliste car la loi Sapin 2 définit huit mesures obligatoires dont l'AFA contrôle la mise en œuvre et l'efficacité, tout manquement exposant l'entreprise à des sanctions »[601]. Ces remarques rejoignent les constats généraux formulés par la doctrine lors de l'adoption de la loi, relevant notamment qu'à « *la souplesse des mesures prescrites par le FCPA ressource guide et les lignes directrices du UKBA, la loi française oppose des mesures plus détaillées* », logique qui conduirait paradoxalement à « *restreindre l'amplitude du contrôle de l'Agence française anticorruption qui devra se contenter de constater la mise en place ou non des différentes mesures par chaque société, sans pouvoir forcément user d'un très grand pouvoir d'appréciation* »[602]. Par ailleurs, selon les personnes auditionnées par la commission

---

[596] A. SENTILHES, art. cit. ; X. MUSCA, « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thème & Commentaires, 2019, p. 39.

[597] 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 (1), JORF n° 0287 du 10 décembre 2016.

[598] L. VERDURE, « Quelles orientations pour l'avenir de la loi Sapin II ? », Le Monde du droit, 14 septembre 2021.

[599] *Ibidem*.

[600] A. SENTILHES, art. cit.

[601] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 45.

[602] M. BROCHIER, « Les mesures de lutte contre la corruption de la loi Sapin 2 à la lumière des règles anglo-saxonnes », *BRDA* 17/17 ; *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 45.

d'évaluation de la loi Sapin 2, ce formalisme serait peu adapté au fonctionnement des entreprises, et conduirait à leur imposer des obligations trop lourdes au regard de leur profil de risque[603]. La conséquence directe de ce formalisme est la sanction de l'entreprise, non pas parce qu'elle a commis des faits de corruption, mais parce qu'elle n'a pas mis en œuvre tous les efforts nécessaires à la lutte contre la corruption. L'Agence française anticorruption peut ainsi prononcer une peine d'amende allant jusqu'à deux cent mille euros, ce qui n'est permis à aucun de ses homologues étrangers en l'absence de faits de corruption.

Ensuite, l'efficacité de son action *ex post* par la création de la convention judiciaire d'intérêt public, offre une légitimité nouvelle aux autorités de poursuites françaises, ouvrant la voie à la coopération avec les autorités de poursuites étrangères. Si l'existence d'un tel instrument a été âprement discutée[604], la faculté de transiger soulevant des interrogations particulières en matière de corruption, qui touche à l'éthique et à l'intégrité de la vie publique, le Conseil d'État en a saisi l'enjeu en déclarant dans son avis consultatif du 30 mars 2016[605] que « si l'élision des vertus cardinales de la justice pénale - exemplarité, privation du droit de la partie civile à l'action pénale limitée à la réparation civile devant la juridiction civile - était injustifiée en droit interne, elle pouvait être admise en matière de corruption internationale en raison de l'objectif poursuivi d'efficacité de la répression »[606]. La convention judiciaire d'intérêt public ouvre au procureur de la République la faculté de proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits d'atteinte à la probité ou des délits connexes, avant la mise en mouvement de l'action publique, la conclusion d'un accord visant à éteindre l'action publique en l'échange de l'exécution des obligations stipulées à la convention[607]. Cet instrument a été conçu afin d'inciter les entreprises françaises à se dénoncer spontanément auprès du procureur de la République et d'échapper ainsi à la mainmise des autorités américaines en application du principe *non bis in idem*.

2. L'application nuancée du principe non bis in idem international

88. Les conditions d'application du principe *non bis in idem* en France. Le principe *non bis in idem* est perçu comme offrant une protection aux entreprises vis-à-vis d'enquêtes, de poursuites et d'accords judiciaires et extrajudiciaires multiples[608]. La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption tente de prévenir ce genre de situation en prévoyant que les

---

[603] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* préc., p. 45.

[604] P. BEAUVAIS, « Méthode transactionnelle et justice pénale », *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 79-90.

[605] CE, avis consultatif n° 391262 du 30 mars 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[606] M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance », *RSC* 2017, p. 465.

[607] Article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

[608] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France,* OCDE, 2021, p. 84 ; R. BISMUTH, art. cit.

parties se concertent en cas de compétence concurrente[609]. La reconnaissance de ce principe à l'échelle internationale varie d'un pays à l'autre. Si les traités européens[610] assurent la reconnaissance de ce principe en France pour les affaires résolue dans des pays membres, de nombreuses difficultés techniques se posent lorsque la France a à connaître d'affaires résolues dans des pays non membres de l'Union européenne. Dans un arrêt du 17 janvier 2018, la Cour de cassation casse ainsi l'arrêt d'appel qui avait entendu appliquer le principe *non bis in idem* au bénéfice de M. X pour avoir conclu le 11 mars 2011 un accord avec les autorités judiciaires du Texas qui « ne résultant pas d'un choix délibéré et personnel du prévenu, citoyen britannique, et les faits ayant été commis pour l'essentiel à l'étranger, à l'exception de deux réunions organisées à Paris » et au terme duquel il avait « définitivement renoncé à contester sa culpabilité dans la présente affaire ainsi qu'à son droit de ne pas s'auto-incriminer »[611]. La Cour de cassation rappelle alors que « les décisions rendues par des juridictions étrangères n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis en dehors du territoire de la République ». Les faits commis sur le territoire national justifient ainsi la compétence du juge national qui n'est pas tenu par l'accord conclu avec les autorités américaines. Dans un second arrêt du 14 mars 2018, la Cour de cassation écarte également la nullité prise de l'incompétence des juridictions françaises au motif que « les juridictions françaises sont compétentes pour connaître du délit de corruption d'agents publics étrangers lorsque celui-ci a été décidé et organisé sur le territoire national où a également été versé le montant de la rémunération due à ce titre »[612]. Peu important que la société Vitol Ltd ait été précédemment condamnée par une juridiction pénale américaine puisque « l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux s'applique uniquement dans les relations transnationales européennes » et « les dispositions des articles 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui font obstacle à des doubles poursuites pour des faits uniques, ne trouvent à s'appliquer que dans le cas où les deux procédures ont été engagées sur le territoire du même État » [613]. Le principe *non bis in idem* n'est ainsi pas opposable devant les juridictions françaises dès lors que l'affaire relève de leur

[609] OCDE, Convention de lutte contre la corruption, article 4.3.

[610] Convention d'application de l'Accord de Schengen, art. 54 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 50.

[611] Cass. Crim. 17 janvier 2018, n° 16-86.491 ; *Droit pénal,* avril 2018, n° 4, comm. 59, note PH. CONTE ; JCI. Pénal Code, 20, obs. E. LETOUZEY ; JCI. Pénal Code, 10, L. DESESSARD ; JCI. Droit international, 403-10, obs. A. HUET, R. KOERING-JOULIN, K. MARIAT ; Journal du droit international Clunet, 2, 01/04/2021, obs. K. MEHTIYEVA ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, 5, 24/10/2020, obs. A. LEVY, A. CHAMPAVERE ; JCI. Préocédure pénale, 20, D. CARON ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires , 3, 13/06/2019, S. BONIFASSI, T. STUMM ; Journal du droit international Clunet , 1, 01/01/2019, X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET.

[612] Cass. Crim. 14 mars 2018 n° 16-82.117 ; JCP E 2018, 14, J.-M. BRIGANT ; *Droit pénal*, 2018, 6, J.-H. ROBERT ; *Droit pénal*, 2018, 6, J.-H. ROBERT ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, 2018, 2, obs. A. MIGNON COLOMBET ; JCP E 2018, 27, obs. E. DREYER ; JCP E 2018, 46, obs. D. BOSCO, B. BRIGNON ; Droit des sociétés, 2019, 3, obs. D. BOSCO, B. BRIGNON.

[613] *Ibidem*.

compétence territoriale et le Parquet national financier a alors vocation à retenir sa compétence et exercer des poursuites dans ce type d'affaires multijuridictionnelles[614].

89. Les conditions d'application du principe *non bis in idem* en cas de résolution concomitante d'une affaire par des autorités de poursuites de nationalités différentes. La France n'appliquant pas ce principe, il ne faut pas s'attendre à ce que les autorités étrangères l'appliquent au bénéfice des entreprises françaises[615]. La résolution coordonnée et concomitante d'affaires permet néanmoins, aux autorités de poursuites nationales de décider, en accord avec des autorités de poursuites étrangères, le montant de la sanction et sa répartition entre les pays, correspondant au niveau d'implication dans les enquêtes et poursuites[616]. En ce sens, le Justice Manuel américain indique que « le DOJ devra s'efforcer, dans la mesure du possible, de se coordonner avec les autorités étrangères et de prendre en compte, le cas échéant, le montant des pénalités financières réglées à celles-ci dans le cadre de procédures de résolution d'une affaire concernant une entreprise poursuivie pour les mêmes faits »[617]. De même, les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, publiées sous l'égide commune de l'Agence française anticorruption et du Parquet national financier, le 27 juin 2019, prévoient un chapitre sur la coordination internationale dans lequel il est indiqué que « la CJIP permet aux autorités de poursuite de pays différents, saisies des mêmes faits, de coordonner la réponse pénale qu'elles souhaitent y apporter »[618]. La société Airbus a ainsi pu bénéficier de la coopération des autorités de poursuite françaises, américaines et anglaises, en concluant concomitamment une convention judiciaire d'intérêt public avec le parquet national financier français, et deux *Deferred Prosecution Agreement*, l'un avec le *Serious Fraud Office*, l'autorité antifraude britannique, et l'autre avec le *Department of Justice*, le ministère de la Justice américaine. La coordination des accords a permis une « *confusion des peines* »[619] limitant le quantum global de l'amende en prenant en compte la sanction prononcée par les autorités étrangères. Le *leadership* français a par ailleurs été reconnu, dans cette affaire, par les autorités de poursuites anglaises et américaines qui, lors du partage proportionnel de l'amende, ont consenti à attribuer une part plus importante au Parquet national financier français. La mainmise du contrôle de l'exécution du programme de conformité anticorruption d'Airbus a

---

[614] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France*, préc., p. 84.

[615] Audition de Frédéric Pierucci par la commission d'évaluation de la loi Sapin 2 le jeudi 4 mars 2021, vidéo disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

[616] Audition des représentants de l'OCDE par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 le mercredi 27 janvier 2021, vidéo disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

[617] Justice Manual, « Coordination of Corporate Resolution penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct », 1-12.100 : Trad. B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER et A. MENNUCCI, « Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? », *Dalloz actualité*, le 26 mars 2021.

[618] PNF et AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 27 juin 2019, p. 16.

[619] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *Journal du droit international Clunet*, Janvier 2019, n° 1, doctr. 1.

également été confiée aux autorités françaises[620], témoignant de la nouvelle crédibilité acquise en matière de lutte contre la corruption grâce à la *compliance*. L'affaire Airbus démontre ainsi que, désormais, « *nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonne*s »[621]. Monsieur Pierucci reste toutefois prudent lors de son audition avec la commission d'évaluation de la loi Sapin 2 en déclarant que la convention judiciaire d'intérêt public n'est qu'un début de solution. Si la concomitance des enquêtes assure effectivement une entente entre autorités de poursuite quant au quantum de l'amende, les entreprises n'ont, en effet, aucune garantie qu'en l'absence d'enquête concomitante, les autorités de poursuites américaines ne poursuivent et ne condamnent à leur tour l'entreprise qui a négocié une convention judiciaire d'intérêt public[622].

En tout état de cause, si les avancées de la loi Sapin 2 permettent de renverser un peu la donne, les observateurs sont d'accord sur le fait que la France ne peut pas jouer à armes égales face aux États-Unis et que la lutte ne doit pas être nationale, mais européenne. Face à la puissance des États-Unis, c'est le poids représenté par l'économie européenne et son marché de quatre cent cinquante millions de personnes qui peuvent faire pencher la balance[623]. Le rapport Gauvin insiste ainsi sur nécessité d'une réponse européenne : « *la mission est persuadée que le seul moyen d'accroitre l'efficacité de nos systèmes de défense contre les effets des mesures extraterritoriales est de les mettre en œuvre au niveau européen et non plus seulement au niveau national, niveau limité et insuffisamment pertinent, par définition s'agissant d'entreprises multinationales* »[624]. L'avocat et ancien premier ministre, Bernard Cazeneuve, préconise par ailleurs la création d'un « *paquet compliance européen* » afin de lutter à armes égales avec les États-Unis[625]. L'efficacité de ce paquet reposerait sur trois piliers : l'adoption d'un texte européen dotée d'une force obligatoire en matière de lutte anticorruption ; des mécanismes de coopération entre les autorités nationales ainsi que la reconnaissance, par un accord bilatéral ou multilatéral, du principe *non bis in idem* par les juridictions extracommunautaires ; enfin une sanction d'exclusion du marché européen pour les entreprises étrangères en cas de manquement à la réglementation européenne[626]. Une telle politique européenne soutenant les efforts engagés par la France permettrait de rétablir l'équilibre euro-atlantique mais également de soutenir un combat engagé pour l'intégrité de la vie économique[627].

---

[620] R. FAMILY, « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal… », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires,* Février 2020, n° 1, 1.

[621] P. JANUEL, *«* Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes *»*, Dalloz actualité, interview de J.-F. BOHNERT, 18 mars 2020.

[622] Audition de Frédéric Pierucci, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian du jeudi 4 mars 2021 devant la commission d'évaluation de la loi sapin 2.

[623] P. VIMONT, art. cit.

[624] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 80.

[625] B. CAZENEUVE, art. cit

[626] *Ibidem*.

[627] *Ibidem*.

90. Conclusion §1. Les limites de la réponse française dans la guerre économique par la compliance. « *L'extraterritorialité semble un outil de guerre économique au nul autre pareil permettant aux États-Unis de mettre en place une régulation économique mondiale très efficace* » [628]. Les États-Unis exportent ainsi leurs pouvoirs de sanction au-delà de leurs frontières grâce à l'assujettissement des entreprises mondiales à la *compliance*[629]. Ces atouts législatifs octroient aux États-Unis un avantage stratégique sans précédent en termes de prédation économique[630]. Le législateur français a réagi en adoptant une loi défensive, inspirée directement de la législation américaine, la loi Sapin 2. Les premiers résultats de l'application de la loi Sapin 2 sont positifs. Les entreprises françaises se sont globalement bien adaptées au nouveau cadre législatif et réglementaire, et l'activité de l'Agence française anticorruption est peu à peu montée en puissance[631]. Cette dernière affiche comme ambition de se positionner à la fois comme un rempart à l'effet extraterritorial du droit américain et comme une autorité répressive crainte par les acteurs économiques[632]. À l'occasion de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, certains intervenants ont mis en évidence les limites de l'action française face au poids américain. Certains auteurs soulignent également l'absence de moyens de coercition en dehors des activités d'entreprises établies sur son territoire national ou de ressortissants français[633]. Pour faire accepter une application extraterritoriale de son droit national, il faut, en effet, beaucoup d'autorité : « *il faut être craint, on est craint quand on est gros et pour être gros il faut être européen* » [634].

§2. LA NECESSITE D'UNE DIMENSION EUROPEENNE DE LA *COMPLIANCE* POUR PESER DANS LE JEU DE LA CONCURRENCE LEGISLATIVE MONDIALE

91. La dimension européenne de la *compliance*. La puissance politique de l'Union européenne lui permet d'imposer ses règles dans le jeu de la concurrence législative mondiale **(A)** afin d'importer une « *vision humaniste de la compliance* »[635] **(B)**.

---

[628] H. GUYADER, art. cit.

[629] S. MANACORDA, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 92.

[630] A. SENTILHES, art. cit.

[631] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 117.

[632] K. HAERI et V. MUNOZ-PONS, « Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs », *RJSP* 2019, n°16, 10.

[633] V. FAUVEL, « L'éthique et la conformité dans les entreprises françaises : état des lieux d'un outil de guerre économique », 27 janvier 2021, disponible en ligne sur le Portail de l'IE.

[634] Audition de Michel Sapin lors de la mission d'évaluation de la loi Sapin II le mercredi 20 janvier 2021, vidéo disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[635] O. DUFOUR, « Je pense que l'Europe peut et doit se construire sur une vision humaniste de la compliance », entretien avec M.-A. FRISON-ROCHE, *LPA* novembre 2018, n° 222, p. 4-7.

A. La puissance politique de l'Union européenne

92. La puissance politique de l'Union européenne. La politique de puissance que l'Union européenne est en mesure de mener **(1)** lui permet d'imposer ses règles dans le jeu de la concurrence législative mondiale. Sa réponse face aux législations offensives américaines pour le contrôle des données numériques en est une illustration **(2)**.

1. Une politique de puissance européenne

93. La politique de puissance européenne. Seul le poids représenté par l'économie européenne et son marché de quatre cent quarante-sept millions de personnes[636] peut rivaliser face à la puissance économique de certain pays tel que les États-Unis[637]. L'Union européenne doit assumer une politique de puissance afin de protéger ses intérêts, et affirmer un positionnement géopolitique face à la puissance américaine, mais aussi chinoise[638]. À titre d'exemple, l'abandon des mesures coercitives prévues par les États-Unis contre les entreprises participants au projet du gazoduc Nord Stream 2 suite aux menaces de la Commission européenne met en évidence le poids politique suffisant de l'Union européenne face à l'interventionnisme extraterritorial américain. Les États-Unis ont, en effet, tenté d'arrêter le projet de construction du gazoduc Nord Stream 2 qui relie l'Oust-Louga en Russie et Greifswald en Allemagne en privant d'accès au marché américain les entreprises participant à ce projet. L'exportation de gaz russe vers l'Europe sape en effet, l'efficacité des sanctions américaines appliquées contre la Russie depuis 2014 en raison de la crise en Ukraine et réduit les exportations de gaz américains vers le continent européen[639]. Face à la menace de la Commission européenne d'adopter des contre-sanctions, mais également, afin de développer ses relations avec l'Allemagne, le secrétaire d'État américain Anthony Blinken a annoncé le 19 mai 2021 que les États-Unis renoncent aux sanctions imposées aux entreprises[640].

La tension géopolitique qui anime les États se cristallise notamment, sur la question de la souveraineté numérique. Cette question appréhendée sous l'angle juridique revient à s'interroger sur la capacité de l'État à imposer ses règles dans l'espace physique et numérique, et à ne pas admettre, sans y consentir, que d'autres règles puissent régir cet espace[641]. La guerre

---

[636] https://www.insee.fr/fr/statistiques/5411776?sommaire=5435421 ; E. BRUNET, « Règlement général sur la protection des données à caractère personnel – Genèse de la réforme et présentation globale », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 39.

[637] P. VIMONT, art. cit. ; E. BRUNET, art. cit.

[638] « Une commission européenne géopolitique : quels enjeux pour les entreprises ? », Entretient avec Patrick d'HUMIERE, Observatoire géopolitique de la conformité, disponible en ligne : https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/04/Obs-Business-Commission-euro-géopo-Avril-2021.pdf.

[639] S. MARINEAU, « Nord Stream 2 : comment interpréter la fin des sanctions américaines ? », la Tribune, 17 juillet 2021, disponible en ligne : https://theconversation-com.cdn.ampproject.org/c/s/theconversation.com/amp/nord-stream-2-comment-interpreter-la-fin-des-sanctions-americaines-162031.

[640] *Ibidem*.

[641] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.

législative que mènent les États-Unis contre l'Europe pour le contrôle des données numériques en est une illustration.

2. La réalisation d'une politique de puissance dans le cadre du numérique

94. L'affaire Microsoft v. The United States. L'affaire Microsoft v. The United States s'inscrit dans le contexte d'un dialogue transatlantique portant sur l'autorité des États pour régir les données numériques, qu'il s'agisse de les protéger ou d'y accéder. Suite au refus de Microsoft de communiquer aux autorités de poursuite américaine des emails stockés sur des serveurs irlandais, la Cour d'appel de New York a rejeté la demande des autorités de poursuites américaines[642]. La Cour d'appel se fonde sur l'absence de disposition d'extraterritorialité explicite de la loi en vigueur au moment de la demande, ne permettant pas au Gouvernement américain de contraindre Microsoft à lui donner accès à des données stockées exclusivement en dehors des États-Unis. Le gouvernement américain devait, dès lors, faire appel aux traités d'assistance judiciaire mutuelle dont la durée et la lourdeur apparaissent inadaptées aux besoins de la lutte contre la criminalité[643]. Il décide donc de porter l'affaire devant la Cour suprême des États-Unis devant laquelle la Commission européenne a par la suite déposé, en décembre 2017, un mémoire d'*amicus curiae* afin de rappeler que le transfert de données à caractère personnel par Microsoft de l'Union européenne vers les États-Unis relèverait des règles de l'Union en matière de protection des données[644]. Sans attendre la décision de la Cour Suprême, le Gouvernement américain a fait adopter à la hâte le *Clarifying Lawful Overseas Use of Data* (*Cloud Act)* en mars 2018[645].

95. L'avantage stratégique du *Cloud Act.* Le *Cloud Act* offre la possibilité pour le juge américain d'enjoindre aux opérateurs relevant de la compétence des États-Unis de transmettre les informations nécessaires à la poursuite du « *public safety »* et de combattre les *« serious crime, including terrorism »*, peu importe le lieu de stockage de ces informations[646]. Le champ d'application du *Cloud Act* est ainsi très vaste. La notion de *« serious crime »* est définie par l'article 37 du Code des Règles fédérales[647] comme toutes les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an[648]. Cette exigence n'apparaît dans le texte du *Cloud Act*

---

[642] Microsoft v. United States, 2d Cir.14 juillet 2016, 829 F.3d 197 ; P. JACOB, « La compétence des États à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 665 ; E. MIGNON, « Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée », *RJSP* Janvier 2019, n° 16, 16.

[643] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 28 ; E. MIGNON, art. cit.

[644] C. THIERACHE, « RGPD vs Cloud Act : le nouveau cadre légal américain est-il anti-RGPD ? », Dalloz IP/IT 2019, p. 367 ; E. MIGNON, art. cit.

[645] C. THIERACHE, art. cit.

[646] P. JACOB, art. cit. ; *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 29.

[647] *United States Code of Federal Regulations.*

[648] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 29 : « Any criminal offence classified as a felony under the laws of the United States, any state or any foreign country where the crime occured ».

que s'agissant des demandes de communication adressées aux États-Unis. Il y a ainsi un doute quant à l'applicabilité de cette notion aux demandes adressées par les États-Unis, qui pourraient ne relever que de la notion de *« public safety »*, plus vaste, large et imprécise[649].

Le champ d'application du *Cloud Act* est également vaste quant aux personnes concernées. Il permet ainsi aux autorités répressives américaines de collecter des données personnelles localisées dans l'Union européenne auprès des fournisseurs de services américains disposant d'un *data center* dans l'Union européenne. Interprétée de manière large, la notion de fournisseur de services se trouvant sous la juridiction des États-Unis peut inclure, non seulement les sociétés mères des groupes américains, mais également leurs filiales et, notamment, européennes[650]. Pourraient également être concernées, des sociétés établies en Europe qui ont une filiale aux États-Unis, mais également des entreprises étrangères qui n'ont pas de filiales aux États-Unis, mais qui ciblent le marché américain[651]. Dès lors, toute information qu'une entreprise américaine « *garde ou contrôle* » deviendrait immédiatement accessible aux enquêteurs américains[652]. L'extension de compétence des autorités américaines semble ainsi leur offrir un accès quasi universel aux données[653].

96. Les points de frictions entre le Règlement général sur la protection des données et le *Cloud Act*. Des points de frictions avec le Règlement général sur la protection des données, qui a vocation à s'appliquer au-delà des frontières européennes, peuvent alors apparaître. Contrairement au *Cloud Act*, ce ne sont pas les liens structurels qu'entretiennent les opérateurs avec l'Union européenne qui sont décisifs, mais le lien entre l'Union et la personne concernée par la donnée en cause[654]. Il ressort, en effet, de l'article 3 du Règlement général sur la protection des données, deux critères de rattachement. Le premier critère est celui de l'établissement, c'est-à-dire le lieu d'établissement du responsable du traitement ou d'un sous-traitant que le traitement ait lieu ou non dans l'Union. Le deuxième critère est celui du ciblage, c'est-à-dire le lieu de situation des personnes concernées par le traitement. Le Règlement général sur la protection des données s'applique ainsi, dès lors que les activités de traitement du responsable du traitement concernent l'offre de biens ou services à des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne[655]. Le législateur européen a donc entendu couvrir l'ensemble des activités de traitement portant sur des données concernant des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne, qu'il s'agisse de citoyens européens ou

---

[649] *Ibidem*.

[650] C. THIERACHE, art. cit. ; E. MIGNON, art. cit.

[651] C. THIERACHE, art. cit. ; P. JACOB, art. cit. ; *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 29.

[652] C. THIERACHE, art. cit.

[653] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 28 : « Compte tenu de l'état actuel du marché mondial du stockage de données numériques, dominé très largement par des acteurs américains (marché détenu à hauteur de 65% par Amazon, 15% par Microsoft et 5% par Google), la modification du SCA par le « Cloud Act » concerne, de fait, l'ensemble des acteurs de l'économie mondiale » ; E. MIGNON, art. cit.

[654] P. JACOB, art. cit. ; *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 70.

[655] C. THIERACHE, art. cit.

non[656]. Un transfert de ces données vers un pays tiers ne peut être conforme au Règlement général sur la protection des données que si : des garanties appropriées ont été prévues et que les personnes concernées disposent de droits opposables et des voies de droit effectives[657] ; l'autorité nationale de contrôle approuve des règles d'entreprise contraignantes[658] ; le transfert est fondé sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, conclu entre l'État tiers et l'UE ou un État membre[659] ; une décision d'adéquation adoptée par la Commission qui constate que le pays tiers assure un niveau adéquat de protection[660] ; le transfert est nécessaire pour des « motifs importants d'intérêt public » définis comme étant ceux « reconnus par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis »[661]. La question se pose de déterminer si les raisons qui ont motivé l'injonction émise par les autorités américaines peuvent être considérées comme des « motifs importants d'intérêt public » ou si la nécessité de se conformer au droit de son État d'origine constitue pour le responsable du traitement un intérêt légitime impérieux prévalant sur les droits et libertés de la personne concernée[662]. La réponse est vraisemblablement négative, sans quoi le Règlement général sur la protection des données s'en trouverait vidé de sa substance. La prise en compte de l'intérêt public de l'État d'émission de l'injonction permettrait en effet de justifier systématiquement le transfert privant ainsi d'effet l'article 48 du règlement[663]. L'intérêt public de l'Union européenne ou de ses membres pourrait, en revanche, justifier un transfert, même s'il n'est pas exclu qu'il rencontre celui d'un État tiers[664]. À défaut d'entrer dans l'une des exceptions autorisant le transfert de donnés en dehors de l'Union européenne, le transfert de données réclamé au prestataire de services informatiques sur le fondement du *Cloud Act* apparaît contraire au Règlement général sur la protection des données.

Un arbitrage sera ainsi à opérer par les prestataires de services informatiques, pour la plupart des géants américains, entre ces deux textes, et ce sous le contrôle des juges. La section 2713 du *Cloud Act* leur offre la possibilité de déposer une requête en annulation ou modification devant les juges américains, en invoquant les dispositions du Règlement général sur la protection des données[665]. Le respect du Règlement général sur la protection des données face au *Cloud Act* repose donc sur les épaules du prestataire qui pourrait contrevenir aux dispositions du règlement faute d'expertise nécessaire à l'évaluation du bien-fondé des demandes[666]. Il en va autrement pour les gros groupes. Les représentants de Google France et d'Amazon Web

---

[656] P. JACOB, art. cit.

[657] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 46.

[658] *Ibidem*, article 47.

[659] *Ibid*, article 48.

[660] *Ibid*, art. 45 ; À ce jour, aucune décision d'adéquation générale n'a été adoptée par la Commission européenne pour les transferts de données vers les autorités publiques américaines.

[661] *Ibid*, art. 49.d.

[662] P. JACOB, art. cit.

[663] *Ibidem*.

[664] *Ibid*.

[665] C. THIERACHE, art. cit.

[666] *Ibidem*.

Services ont ainsi explicitement admis être soumis au *Cloud Act* et donc à ce type de demandes, en précisant qu'ils utilisaient de façon systématique les voies de recours prévues pour les contester[667]. Ils ont également indiqué que ces demandes « *restaient extrêmement rares, pour ne pas dire exceptionnelles* »[668]. Une fois la requête régulièrement déposée, un débat contradictoire a lieu entre les parties prenant en compte huit éléments limitativement énumérés par la loi[669]. La personne faisant l'objet de la demande de transfert de données, en revanche, n'est pas avertie de la demande et n'a aucune voie de recours possible. La protection de ces données est entièrement tributaire de la volonté du fournisseur de service de contester ou non la demande de communication de ses données. Outre la diligence de l'opérateur, c'est au juge américain qu'il revient d'opérer la pondération. À ce titre, il n'est exclu ni qu'il fasse une interprétation erronée des obligations pesant sur l'opérateur en vertu d'un droit étranger ni qu'il passe outre le conflit d'obligations constaté en considérant que l'intérêt qui s'attache pour son État à la divulgation des données supplante celui qui justifie, aux yeux d'un État tiers, leur protection[670].

97. Les dangers du *Cloud Act*. Le *Cloud Act* est dénoncé par le rapport Gauvin comme « *une étape supplémentaire de l'unilatéralisme extraterritorial américain* » instaurant un système de collecte des données numériques au profit des autorités judiciaires et agences administratives américaines, à des fins d'enquête pénale, en court-circuitant les mécanismes de coopération organisés par les traités d'entraide[671]. En pratique, une masse considérable d'informations est susceptible d'être transmise aux autorités américaines. Afin de protéger les données des entreprises européennes et françaises face à l'expansionnisme législatif américain et notamment du *Cloud Act*, le rapport Gauvin préconise l'extension du Règlement général sur la protection des données aux données des personnes morales. *A contrario*, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, prône l'idée qu'il faut cesser d'agir « *en défense* », mais construire un « *Droit européen de la compliance plus large que l'actuel droit américain, affinant la notion de données* »[672]. Elle affirme également la nécessité d'une « *alliance entre le droit européen et américain qui partagent les mêmes valeurs* » dans un monde où « *le modèle du Droit occidental n'est plus acquis* »[673]. La protection de l'être humain constituerait alors le point de ralliement du droit américain et européen permettant « *d'agir en cohérence et non plus en*

---

[667] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne,* préc.

[668] *Ibidem*.

[669] v. C. THIERACHE, art. cit. : « les intérêts des États-Unis, y compris ceux de l'autorité américaine sollicitant l'information ; les intérêts de l'État étranger à la non-divulgation de l'information ; la probabilité, l'ampleur et la nature des sanctions auxquelles s'exposent les prestataires ou leurs employés ; la localisation et la nationalité de la personne concernée ainsi que l'ampleur et la nature de ses liens avec les États-Unis et l'État étranger ; l'ampleur et la nature des liens et de la présence du prestataire avec les États-Unis ; l'importance de l'information sollicitée pour les investigations ; la possibilité d'obtenir l'information par des moyens qui seraient moins dommageables ; les intérêts de l'autorité d'un État tiers qui a sollicité les informations auprès des États-Unis dans le cadre de la coopération internationale en matière pénale ».

[670] P. JACOB, art. cit.

[671] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 31 ; P. JACOB, art. cit.

[672] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 68.

[673] *Ibidem*, p. 21.

concurrence »[674]. Il est, par exemple, nécessaire de faire cesser la circulation ou la transmission de données dès lors qu'elle porte atteinte « *aux droits de la Personne* », peu importe que l'ordre émane d'une autorité étrangère[675]. Au-delà des enjeux économiques, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche propose la construction « *d'un droit de la compliance global guidé par la protection de la Personne* »[676].

B. La capacité de l'Union européenne à importer une vision humaniste de la *compliance*

98. La vision humaniste de l'Union européenne. L'Union européenne exprime une vision humaniste de la *compliance* en rupture avec son instrumentalisation économique par les États-Unis **(1)** qu'elle importe par-delà ses frontières grâce à l'attractivité de son marché intérieur **(2)**.

1. La vision humaniste de la compliance propre à l'Union européenne

99. Le modèle humaniste de l'Union européenne. L'Union européenne s'est construite sur un modèle humaniste centré sur la protection des droits de l'Homme **(a)** qui se répercute nécessairement dans sa construction d'un droit de la *compliance* **(b)**.

a. Une vision humaniste historique dans l'Union européenne

100. Les objectifs de l'Union européenne. Les objectifs de l'Union européenne sont énumérés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne qui constitue cependant un « *inventaire à la Prévert* » assez peu lisible[677]. Il inclut ainsi pêle-mêle la promotion de la paix, des valeurs européennes et le bien-être de ses peuples, la création d'un espace de libre circulation des personnes, l'établissement d'un marché intérieur, la justice sociale, la solidarité entre États membres, la diversité culturelle et l'établissement d'une union monétaire. L'Union européenne peut dès lors être comprise comme « *une démarche tendant à unir politiquement les États européens dans un espace de paix et de prospérité* »[678]. Cette volonté d'union est également posée dès l'article 1er du traité de Londres créant l'organisation « *sœur* » des Communautés européennes : le Conseil de l'Europe[679].

101. La variété des textes européens relatifs aux droits de l'Homme. Comme vu précédemment, la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne est une

---

[674] *Ibid*.
[675] *Ibid*, p. 27.
[676] *Ibid*, p. 68.
[677] C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *op. cit*., p. 15.
[678] *Ibidem*.
[679] *Ibid*.

construction prétorienne renforcée *a posteriori* par les textes[680]. Il existe de nombreux textes européens relatifs aux droits de l'Homme. La Convention européenne des droits de l'Homme, à laquelle s'ajoutent ses divers protocoles, est la source d'inspiration principale des principes généraux du droit de l'Union européenne consacrées par les Traités[681]. Le Conseil de l'Europe a par ailleurs élaboré, depuis sa création, plus de deux cents conventions internationales telles que la Charte sociale européenne qui a d'ailleurs inspiré la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Toutes ces conventions, prises dans leur ensemble, « *font système* » et s'influencent les unes les autres, soit au stade de leur élaboration, par exemple la Convention européenne pour la prévention de la torture du 26 novembre 1987 constitue un « *approfondissements* » de la Convention européenne des droits de l'Homme, soit au stade de leur interprétation[682]. La Convention européenne des droits de l'Homme a par ailleurs fortement influencé le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est un des rares textes regroupant à la fois les droits de première et de deuxième génération. Afin d'éviter toute divergence d'interprétation entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme, les rédacteurs de la Charte ont pris la précaution d'insérer deux directives d'interprétation[683]. D'une part, l'article 52 § 3 de la Charte dispose que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Afin d'éviter que cet arrimage interprétatif n'entraîne une retenue jurisprudentielle du juge de l'Union en matière de protection des droits de l'Homme en droit de l'Union, il est toutefois précisé que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». D'autre part, l'article 6 § 1, alinéa 3, du Traité sur l'Union européenne, ainsi que le préambule de la Charte et à nouveau l'article 52 § 7 de la Charte, imposent l'interprétation de la Charte en prenant en compte le texte intitulé « Explications ». Ce texte retrace la généalogie des dispositions de la Charte, et en particulier les textes et jurisprudences qui les ont inspirées notamment le droit du Conseil de l'Europe, en général, et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, en particulier[684].

102. La variété des droits de l'Homme reconnus au niveau européen. Sont proclamés aussi bien des droits civils et politiques que des droits économiques et sociaux et des droits procéduraux. Des préoccupations modernes comme la protection de l'environnement ou la protection des données sont également intégrées. Si les droits prévus par la Convention européenne des droits de l'Homme et par ses Protocoles ne reposent sur aucune classification apparente, ceux contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ont

[680] v. *supra*. pt. 33.
[681] C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, *op. cit*., p. 38.
[682] *Ibidem*.
[683] *Ibid*.
[684] *Ibid*.

quant à eux été organisés en six chapitres, renvoyant à six grandes « *familles* » de droits et libertés : la dignité, la liberté, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et enfin, la justice[685].

103. La variété des mécanismes de protection européens des droits de l'Homme. La protection européenne englobe toute une gamme de mécanismes de protection. En particulier, de nombreuses conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe prévoient un mécanisme de suivi par un organe spécialement en charge de cette mission[686]. Par exemple, la Convention européenne pour la prévention de la torture est assortie d'un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il existe en outre deux juridictions supranationales accessibles aux particuliers et chargées de protéger les droits de l'Homme en Europe, l'une à titre principal, la Cour européenne des droits de l'Homme, et l'autre à titre plus incident la Cour de justice de l'Union européenne[687]. Enfin, les droits fondamentaux européens sont garantis par le juge national.

b. Une vision humaniste de la *compliance*

104. Une vision de la *compliance* centrée sur la protection de la personne. Koen Lenart, président de la Cour de justice de l'Union européenne, situe la naissance du droit de la *compliance* en Europe « *afin de protéger l'individu des systèmes construits sur les informations qui le concernent* »[688]. L'histoire européenne explique que le droit européen de la *compliance* naisse pour la protection des données personnelles. L'Europe a, en effet, été marquée par l'exploitation des nazis d'informations à caractères personnelles, les « *fichiers juifs* », élaborés officiellement par les États[689]. Lorsque l'informatique s'est déployée dans les années 1970, les droits français et allemand ont ainsi identifié le danger que pouvaient représenter les données personnelles des individus. En France, la loi du 6 janvier 1978 a institué la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ce titre semble fait pour rappeler que « *les libertés de l'être humain doivent être protégées dans un espace où la puissance publique informatique se déploie, y compris lorsque cette puissance est maniée par l'État* » [690]. Le juge européen s'est ensuite préoccupé de la protection des données personnelles en inventant, dans un arrêt du 13 juillet 2014, un nouveau droit subjectif : le « droit à l'oubli »[691], avant d'être suivi par le

---

[685] *Ibid*, p. 118.
[686] *Ibid*, p. 15.
[687] *Ibid*.
[688] 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*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 21-44.
[689] *Ibidem*.
[690] *Ibid*.
[691] CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, Aff. C-131/12 ; *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, 2014, n° 107, p. 32-35, note O. PIGNATARI ; *JCP G* 2014, n° 26, p. 1300-1303, note L. MARINO ; *LPA* 2014, n° 182, p. 9-14, obs. G. MALAFOSSE ; *Revue du droit de l'Union européenne*, 2014, n° 3, p. 581-588, note F. LÜTZ et J. PROBST ; *Option France*, 2014, n° 1275, p. 39-41, note O. COUSI et M. D'ANGELO ; *Lexbase Affaires* 2014, n° 384, note C. FERAL-SCHUHL ; *Responsabilité civile et assurances*, 2015, n° 5, p. 15-23, note J.-

législateur européen avec l'adoption du règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Le règlement vise expressément la protection du droit fondamental de toute personne à la protection de ses données à caractère personnel institué par l'article 8 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 16 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[692]. Il ajoute par ailleurs que « le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité » et que le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et en particulier « le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique »[693]. Cette volonté du législateur européen de protéger les droits de l'Homme est également retrouvée à travers les différents projets de *compliance* européens.

La Commission européenne a par exemple adopté le 23 février 2022 une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Cette proposition « vise à favoriser un comportement durable et responsable des entreprises tout au long des chaînes de valeur mondiales »[694]. Aux termes de la proposition, les entreprises sont ainsi tenues « de prévenir, de faire cesser ou d'atténuer les incidences négatives de leurs activités sur les droits de l'homme (travail des enfants et exploitation des travailleurs, par exemple) et sur l'environnement (pollution, perte de biodiversité, etc.) » [695]. La Commission européenne exprime ainsi sa volonté de faire progresser la transition verte et de protéger les droits de l'homme en Europe et ailleurs. La *compliance* a, donc été saisie par le législateur européen dans un but de protection des droits fondamentaux, qu'elle est en mesure d'imposer par de-là ses frontières grâce à l'attractivité de son marché intérieur.

2. L'influence de la vision européenne par l'attractivité de son marché intérieur

105. L'influence de la vision européenne par l'attractivité de son marché intérieur. Si les États-Unis ont su imposer leur vision du monde, ils ne sont pas « *la conscience morale*

M. BRUGUIERE ; *RTD eur.* 2014, n° 4, p. 879-897, note B. HARDY ; *Lexbase Affaires* 2014, n° 405, note V. TECHENE ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 353-354, F. BENOIT-ROHMER ; *Rev. crit. DIP* 2020, n° 2, p. 334-348, note H. MUIR-WATT.

[692] Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), cons. (1).

[693] *Ibidem*, cons. (4).

[694] « Une économie juste et durable : la Commission établit des règles relatives au respect des droits de l'homme et de l'environnement par les entreprises dans les chaînes de valeur mondiales », Communiqué de presse, 22 février 2022, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_1145.

[695] *Ibidem*.

et la voix juridique du monde »[696]. L'Union européenne doit donc « *exprimer ses ambitions* »[697] qu'elle a les moyens de faire respecter grâce à la force d'attraction de son marché intérieur[698]. Les grands acteurs économiques mondiaux souhaitent, en effet, accéder à ce marché et, pour ce faire, ils doivent se plier aux règles édictées par l'Union européenne. Celle-ci est ainsi en mesure d'imposer des standards qui s'appliqueront au-delà de ses frontières, comme cela est le cas, par exemple, avec le règlement général européen sur la protection des données[699]. Selon Monsieur Gwendal Le Grand, il y a eu « *un avant et un après 25 mai 2018 au niveau mondial* »[700]. À la suite de l'adoption du règlement général européen sur la protection des données, en effet, « *des pays ont procédé à la mise à jour de leur cadre national en matière de protection des données, afin de continuer à commercer avec l'Europe. Tel est le cas de la Suisse, du Japon, de la Corée du Sud, du Bénin ou de l'Australie. Des processus législatifs sont en cours dans d'autres pays comme la Tunisie ou le Burkina Faso. Des États ont, [en outre], pour la première fois, adopté un cadre juridique général de protection des données personnelles comparables au RGPD dans ses principales dispositions. Tel est le cas de la Californie avec le California Consumer Privacy Act (CCPA) adopté en octobre 2018 et entré en application le 1er janvier 2020. Le Brésil a adopté son règlement en 2019. En Inde, la Cour suprême a [également] consacré, en 2017, le droit à la protection de la vie privée comme un droit fondamental* »[701]. L'exemple du règlement général européen sur la protection des données démontre comment l'Union européenne peut peser sur la définition d'un modèle de valeurs mondial. Les efforts fournis par les États-Unis afin de conclure un accord d'adéquation avec l'Union européenne sur le transfert de données personnelles démontrent également l'importance du règlement dans ce marché de la donnée.

Comme vu précédemment, le règlement impose, en effet, que la protection apportée aux données au sein de l'Union européenne soit maintenue lors des transferts hors de l'Union, à défaut de quoi celui est interdit. C'est ainsi que la CNIL a par exemple interdit l'utilisation de Google Analytics estimant que les transferts de données que son utilisation induit vers les États-Unis sont contraires au règlement européen de protection des données[702]. La CNIL explique, en effet, que les transferts vers les États-Unis « ne sont pas suffisamment encadrés à l'heure actuelle ». En l'absence de décision d'adéquation qui établirait que ce pays offre un niveau de protection des données suffisant au regard du règlement, le transfert ne peut donc avoir lieu que si des garanties appropriées sont prévues pour ce flux. En l'espèce, la CNIL a constaté si Google a adopté des mesures supplémentaires pour encadrer les transferts de données dans le cadre de

---

[696] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[697] *Ibidem*.

[698] A. HAMELLE, « 3 questions – Pourquoi aller vers un droit européen de la compliance ? », *JCP E*, 21 janvier 2021, n° 3, 41.

[699] *Ibidem*.

[700] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.

[701] *Ibidem*.

[702] CNIL, « Utilisation de Google Analytics et transferts de données vers les États-Unis : la CNIL met en demeure un gestionnaire de site web », 10 février 2022, disponible en ligne : https://www.cnil.fr/fr/utilisation-de-google-analytics-et-transferts-de-donnees-vers-les-etats-unis-la-cnil-met-en-demeure.

la fonctionnalité Google Analytics, celles-ci ne suffisent pas à exclure la possibilité d'accès des services de renseignements américains à ces données. Au regard des enjeux, les États-Unis et l'Union européenne ont rapidement tenté de conclure un accord d'adéquation. Le premier accord « Safe Harbor » n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans un arrêt Schrems I du 6 octobre 2015, le déclare incompatible aux droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel tels que protégés par les articles 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux[703]. La décision 2000/520 rendait en effet possible « des ingérences, fondées sur des exigences relatives à la sécurité nationale et à l'intérêt public ou sur la législation interne des États-Unis, dans les droits fondamentaux des personnes, dont les données à caractère personnel, sont ou pourraient être transférées depuis l'Union vers les États-Unis »[704]. Or « la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire » [705] ce qui n'était pas le cas de la décision 2000/520 notamment par qu'elle permettait aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques, mais également parce qu'elle ne prévoyait aucune possibilité pour le justiciable d'exercer des voies de droit afin d'avoir accès à des données à caractère personnel le concernant[706]. Suite à son invalidité, un nouvel accord est conclu le 12 juillet 2016 : le « Privacy Shield ». Ce nouvel accord est à son tour invalidé par la Cour de justice de l'Union européenne en raison notamment des dérogations instituées par les programmes de surveillance américains qui permettent des ingérences qui, portant atteinte aux droits fondamentaux garantis aux articles 7, 8 et 47 de la Charte, ne sont pas limitées au strict nécessaire[707]. Il ne confère pas non plus aux personnes concernées « des droits opposables aux autorités américaines devant les tribunaux, si bien que ces personnes ne disposent pas d'un droit de recours effectif » [708]. À

[703] CJUE, 6 octobre 2015, Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner, Aff. C-362/14 ; *JCP A* n° 42 du 2015, 855, D. BERLIN ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6 du 2015, 30, M. GRIGUER ; *Communication - Commerce électronique* n° 11 du 2015, 94, A. DEBET ; *JCP G* 2015, n° 46-47, 1260, I. BEYNEIX ; *Europe* n° 12 du 2015, 468, D. SIMON ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2 du 2016, 10, M. GRIGUER ; *Revue de droit bancaire et financier* n° 2 du 2016, 90, A. GOURIO, M. GILLOUARD ; *Europe* n° 5 du 2016, 32, L. IDOT ; *Europe* n° 8-9 du 2016, 54, L. IDOT ; *Europe* n° 2 du 2017, 48, F. GAZIN ; *JCP E* n° 48 du 2020, 1495, M. BOURGEOIS ; *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n° 4 du 2022, 200, obs. C. MORENO, K. MEDJAOUI ; *Communication - Commerce électronique* n° 11 du 2020, 83, obs. A. DANIS-FATOME ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1 du 2021, 5, obs. M. GRIGUER, D. SCEMAMA ; *Journal du Droit international Clunet* n° 2 du 2021, 16, L. PAILLER ; JCP G, n° 41 du 2020, 1116, N. MARTIAL-BRAZ.

[704] *Ibidem*, pt. 87.

[705] *Ibid*, pt. 92.

[706] *Ibid*, pt. 94 et 95.

[707] CJUE, 16 juillet 2020, Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, Aff. C-311/18, cons.165 et 184 ; *JCP G* 2020, 30, D. BERLIN ; *JCP G* 2020, 41, N. MARTIAL-BRAZ ; *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* , 5, 2020, J. SCHWARTZ ; *Revue de droit bancaire et financier* , 6, 2020 , N. MARTIAL-BRAZ ; *JCP E* 2020, 48, note M. BOURGEOIS ; JCP A 2021, 21, J.-C. VIDELIN ; RTD eur. 2021, 916, obs. L. COUTRON ; *AJ contrat* 2020. 436, T. DOUVILLE ; *Dalloz IP/IT* 2020. 640, B. BRUNESSEN ; D. 2020. 2432, note C. CASTETS-RENARD ; *Rev. UE* 2021. 144, A. DEROUDILLE ; *Rev. UE* 2021. 163, C. COPAIN-HÉRITIER ; *AJDA* 2021. 741, L. CLUZEL-MÉTAYER ; *RTD eur*. 2021, 175, B. BRUNESSEN ; Dalloz IP/IT 2021. 522, F. NAFATALSKI ; *RTD eur*. 2021, 973, obs. F. BENOIT-ROHMER ; Dalloz IP/IT 2022. 515, obs. F. NAFALSKI ; D. 2022. 2002, obs. W. MAXWELL, C. ZOLYNSKI.

[708] *Ibidem*, pt. 192.

cet égard, l'instauration du médiateur du bouclier de protection ne peut remédier à ces lacunes dès lors que ce médiateur ne « fournit pas de voie de recours devant un organe qui offre aux personnes dont les données sont transférées vers les États-Unis des garanties substantiellement équivalentes à celles requises à l'article 47 de la Charte » [709]. L'invalidation du *Privacy Shield* par la décision Schrems II a constitué « *un cataclysme dans les activités économiques* », dans la mesure où « *65 % de l'offre cloud est offerte par Amazon, dont une partie des serveurs se situe aux États-Unis* »[710]. Le Professeur Thibault Douville estime ainsi que, même si les opérateurs stockent un certain nombre de données en Europe, la réalisation d'opérations de traitement sur les données, qui sont « *pour partie, conduites grâce à un transfert temporaire via des serveurs américains* » pourrait être cause d' « *une non-conformité au droit de l'Union à la suite de l'arrêt Schrems II* »[711]. La décision Schrems II démontre la capacité de l'Union européenne à défendre de façon effective la protection des données des citoyens. Cette décision plaide en faveur de la localisation des données sur le sol européen. Elle plaide également en faveur de l'émergence d'offres de cloud européen ainsi que de contraintes juridiques effectives sur les offres des acteurs non européens pour garantir le respect du modèle numérique défendu par l'Union européenne.

106. Conclusion §2. L'utilisation de la *compliance* par les grandes puissances à des fins hégémoniques. Si la *compliance* est apparue en France afin de protéger ses entreprises nationales de l'expansionnisme des lois extraterritoriales américaines, elle semble être devenue un moyen à la disposition des États d'imposer des règles à caractère universel[712]. À cet égard, l'Union européenne n'est pas dénuée de moyens et « *on trouvera tout autant dans la presse anglo-américaine des articles dénonçant l'impérialisme régulateur de l'Europe. Il est d'ailleurs troublant de constater que de chaque côté de l'Atlantique on s'accuse mutuellement d'impérialisme et d'hégémonie normative* » [713]. L'Europe a toutefois réussi à réunir le « *market power* » européen pour servir une cause morale à l'échelle mondiale avec le règlement général relatif à la protection des données[714]. L'enjeu est ainsi « *de réguler la mondialisation économique non pas à la manière d'une forteresse protectrice, mais plutôt dans la perspective d'une domestication des affaires par des règles promouvant l'intérêt public* »[715].

---

[709] *Ibid*, pt. 197.
[710] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.
[711] *Ibidem*.
[712] P. VIMONT, art. cit.
[713] v. par exemple : « Regulatory Imperialism », Wall Street Journal, 26 october 2007 ; E. GONZALEZ HOLGUERA, « Un empire régulateur ? L'exportation de la norme européenne remise en question », *in* C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Droit des affaires, 2010, p. 61.
[714] A. GARAPON, « Une Cour peut réguler la mondialisation », *RED*, septembre 2020, n°1, p. 22.
[715] *Ibidem*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

107. La régulation des effets de la globalisation par la *compliance*. La globalisation des activités économiques a permis le développement d'une criminalité transnationale et l'émergence d'acteurs économiques multinationaux face auxquels les réponses étatiques classiques se sont révélées inefficaces. L'État doit donc penser une nouvelle forme de régulation des effets de la mondialisation. Il s'appuie pour ce faire sur la puissance des opérateurs économiques qui détiennent l'information nécessaire à l'intervention étatique et la puissance technique et économique indispensable à la réalisation de l'intérêt général. En mettant à la charge de ces opérateurs des objectifs d'intérêts généraux à réaliser, la *compliance* permet à l'État d'exprimer à nouveau sa souveraineté.

108. Le développement d'une vision humaniste de la *compliance* par l'hégémonie européenne. Un volet du droit français de la *compliance* s'est développé en réaction à l'offensivité des législations étrangères transnationales « *instrumentalisées* » pour mener une « *guerre économique* »[716]. L'efficacité de l'action française est toutefois limitée, nécessitant le développement d'une action au niveau européen. Le poids du marché européen lui permet en effet de prétendre à une hégémonie normative en important une « *vision humaniste de la compliance* » tranchant avec la vision purement économiste des autres puissances étatiques et notamment américaine : « *Cette force d'intégration de la morale, de l'économie, et du pouvoir est constitutive de la spécialisation politique de l'Europe* »[717].

[716] H. GUYADER, art. cit.
[717] A. GARAPON, art. cit.

CHAPITRE 2 : LA MISE EN ORDRE D'UN DESORDRE LEGISLATIF PAR LA CREATION D'UN DROIT

109. Le développement désordonné de la *compliance*. La *compliance* se développe au niveau national et supranational dans toutes les branches du droit et tous les secteurs « *un peu comme un virus* »[718], dans un désordre susceptible de générer de l'insécurité juridique[719]. Cette dernière « *constitue la synthèse des différents mots qui sont dénoncé concernant la législation contemporaine : difficultés d'accès à la norme, illisibilité, manque de clarté d'intelligibilité, incohérence du droit ; mais aussi instabilité, imprévisibilité, précarité, se traduisant notamment par une espérance de vie des lois qui se raccourci* » [720]. Il s'agit d'un facteur de risque perçu par les entreprises, sujet de la *compliance*. **(Section 1)**.

110. La construction ordonnée de la *compliance*. « *S'il est un sujet important qui, aujourd'hui, allie la nécessité d'une pensée académique à un souci majeur dans la pratique des entreprises, c'est assurément celui de la compliance* »[721]. Il en va du rôle de la doctrine de mettre en ordre le droit en le classifiant. Cette volonté d'ordre pousse les auteurs à identifier la *compliance* comme une nouvelle branche du droit[722] **(Section 2)**.

---

[718] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant et après », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 23-36.

[719] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Droit des affaires, 2010, p. 36.

[720] *Ibidem*.

[721] M. AUDIT, « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 45-54.

[722] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 33.

SECTION 1 : LE DEVELOPPEMENT DESORDONNE DE LA *COMPLIANCE*

111. La complexité des sources du droit des affaires. La réalité du droit contemporain donne à voir un objet complexe, qui produit lui-même de la complexité[723]. Le droit a, en effet, connu ces dernières années une importante mutation se traduisant notamment par la sophistication croissante des normes juridiques, leur multiplication et la diversification de leurs sources, le tout sous l'influence de la mondialisation[724]. Lorsque la complexité du droit des affaires, et son besoin corrélatif de simplification sont envisagés par la doctrine et le législateur, c'est souvent la complexité du contenu des normes qui est au cœur de la réflexion[725]. La technicité de la teneur des normes ne constitue pourtant pas la seule cause du phénomène de complexité du droit des affaires. Un facteur déterminant réside dans la complexité des sources du droit des affaires qui entrave l'accès à la norme[726]. Chronologiquement, cette question apparaît d'ailleurs première : la tâche à laquelle est d'abord confronté le juriste lorsqu'il est appelé à manier le droit des affaires est celle de l'identification de la norme applicable à une situation juridique. Accéder à la norme peut être aussi complexe que d'en comprendre le sens[727].

112. Les conséquences de la complexité du droit pour l'entreprise. Dans son rapport public de 2006, le Conseil d'État souligne que la complexité du droit engendre à la fois un « coût psychologique » et un « coût démocratique »[728]. L'entreprise supporte probablement un coût psychologique liée à l'insécurité juridique, « *ne serait-ce que parce que celle-ci génère de l'incertitude et donc des risques : le risque positif ou négatif et par nature anxiogène et l'on peut penser que l'entreprise s'accommoderait parfaitement d'un environnement plus certain* »[729]. Ce sont, toutefois, les coûts financiers induits par l'insécurité juridique qui paraissent les plus évidents pour les acteurs économiques. Lutter contre l'insécurité juridique suppose, en effet, la mise en place de moyens humains et le développement de méthodes[730]. Pour celles qui n'ont pas ces moyens ni ces méthodes, le coût de l'insécurité juridique peut aussi se retrouver dans les conséquences judiciaires, administratives, compétitives, etc., liées à la méconnaissance du droit, sa mauvaise interprétation, son utilisation inappropriée, etc[731]. La complexité croissante du droit accroît donc ce que le Conseil d'État appelle « la fracture juridique », autrement dit le fait qu'une partie de la population et notamment des entreprises se

---

[723] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 7.
[724] *Ibidem*.
[725] C. GRANIER, « La simplification du droit des affaires par la simplification de ses sources », Droit et Patrimoine, 1er avril 2022, n° 323.
[726] *Ibidem*.
[727] *Ibid*.
[728] *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006 du Conseil d'État, p. 273.
[729] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 40.
[730] *Ibidem*.
[731] *Ibid*.

trouvent marginalisées par un droit devenu trop complexe tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voir l'exploite à leur profit[732].

La multiplication brutale des normes de *compliance* crée ainsi une complexité entravant l'accès à la norme **(§1)**. Cette complexité est accrue par l'utilisation croissante des techniques de *compliance* entraînant une confusion entre les normes de *compliance* et celles qui s'inspirent de ses techniques **(§2)**.

§1. La complexification des sources du droit par la multiplication des lois de *compliance*

113. La nécessité du développement de la *compliance* au niveau européen. Les lois de *compliance* ont vocation à se développer au niveau européen pour trois raisons. Premièrement, le développement des lois de *compliance* au niveau étatique emporte de forte résistance de la part du secteur économique lié à son coût important, entraînant la réduction de projets ambitieux comme peau de chagrin[733]. Si l'Union européenne est elle-même soumise aux pressions exercées par les lobbyings des entreprises, sa puissance lui permettra sans doute de mieux y résister, permettant l'adoption de textes plus ambitieux.

Deuxièmement, les institutions européennes, mais également les acteurs économiques, appellent de leurs vœux une harmonisation des règles de *compliance* au niveau européen[734]. Cette harmonisation permettrait, en effet, de soumettre l'ensemble des acteurs économiques européens aux mêmes exigences, limitant la concurrence déloyale entre eux. Elle participe également au bon fonctionnement du marché intérieur par des règles de conduite explicites qui fournissent à toutes les parties prenantes une clarté juridique et donc une meilleure lisibilité au droit[735]. Les entreprises de dimension européenne ou internationale subissent, par exemple, un risque du fait de la disparité de transposition de la Convention de l'OCDE entre les États membres alors que les procédures de gestion des risques liés à la corruption sont appliquées de manière standardisée au sein des groupes[736]. En la matière, Transparency International a ainsi

---

[732] *Ibid*.

[733] K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Droit social*, 2017, p. 798 ; A. De la cotardiere, « Construire une Europe de la Compliance lisible pour les entreprises », *in* M.-A. Frison-Roche (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 119 ; D. De Saint-Afrique, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? », *JCP E*, 2 Février 2017, n° 5, 1064.

[734] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, « résultats des évaluations ex post, des consultations des parties intéressées et des analyses d'impact », p. 22 ; D. De Saint-Afrique, art. cit.

[735] Proposition du parlement européen et du conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM (2020) 842 final, p. 7 ; K. Martin-Chenut, art. cit. ; A. De la cotardiere, « Construire une Europe de la Compliance lisible pour les entreprises », art. cit. ; D. De Saint-Afrique, art. cit.

[736] A. Hamelle, « 3 questions – Pourquoi aller vers un droit européen de la compliance ? », *JCP E*, n°3, 21 janvier 2021, 41.

pointé du doigt, l'absence de politique globale et cohérente de prévention et de lutte contre la corruption à l'échelle de l'Union européenne. L'ancien Premier ministre et président du Club des juristes, Bernard Cazeneuve, milite en ce sens, la corruption entravant le bon fonctionnement du marché intérieur en créant une distorsion de concurrence entre les entreprises[737]. Elle facilite, par ailleurs, l'infiltration de groupes criminels au sein des économies européennes et contribue à mettre en péril les démocraties par le renforcement de la crise de confiance dans la relation entre les citoyens, leurs institutions publiques et le marché[738]. Enfin, la construction d'une politique commune au niveau européen est d'autant plus nécessaire que les maux que vise la *compliance* sont transfrontières[739]. L'efficacité des lois de *compliance* qui règle des problèmes par nature transnationaux est, en effet, conditionnée à l'homogénéité des législations dans l'Union européenne autour d'un standard européen commun. L'Union européenne a déjà su s'adapter pour offrir une réponse coordonnée aux défis communs à tous les États membres, notamment dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme[740]. La directive 2015/ 849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme constitue ainsi le principal instrument juridique en matière de prévention de l'utilisation du système financier de l'Union. La transposition des directives à géométrie variable entraîne néanmoins, des disparités de réglementation des pays de l'Union européenne, exploitées par les criminels. C'est ainsi le cas du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. La mise en œuvre des directives européennes en la matière n'a pas été effectuée avec la même rigueur dans toute l'Union européenne[741]. Le paquet relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux, présenté par la Commission européenne en juillet 2019, a mis en évidence la manière dont les criminels ont pu tirer profit des différences existantes entre les dispositifs de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des États membres[742]. Cette disparité permet, en effet, à certains acteurs de pratiquer un « *shopping réglementaire* » en choisissant d'établir son siège dans un pays européen au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme lâche, tout en proposant des services dans toute l'Union européenne[743]. En conséquence, la Commission européenne a présenté un plan d'action visant une harmonisation des mesures de vigilance et le renforcement de l'efficacité collective du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Monsieur Valdis Dombrovskis a en également annoncé que l'organe exécutif européen réfléchissait à transformer une partie de la directive en règlement[744]. Par le biais d'un règlement, d'effet direct et d'applicabilité immédiate au sein des États membres de l'Union européenne,

---

[737] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 117.

[738] *Ibidem*.

[739] D. DE SAINT-AFRIQUE, art. cit.

[740] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*.

[741] *Ibidem*, p. 94 ; L. MALGRAIN, C. LAVARDE et A. MERLE-BERALLE, « Un règlement pour enfin harmoniser la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au sein de l'UE : le nouvel objectif de la Commission européenne ? », Dalloz actualité, Droit pénal des affaires, 3 mars 2020.

[742] Proposition du parlement européen et du conseil relatif à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, COM(2021) 420 final, p. 5.

[743] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 94.

[744] L. MALGRAIN, C. LAVARDE et A. MERLE-BERALLE, art. cit.

cette dernière éviterait notamment que les délinquants et les fraudeurs profitent des délais de transposition, et du retard pris par certains États membres dans cette transposition, et de l'imparfaite harmonisation de la lutte contre le blanchiment au sein de l'Union européenne, inhérente aux directives[745]. L'Union européenne a pour ambition de jouer un rôle moteur dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme à l'échelle mondiale[746].

Troisièmement, l'harmonisation des législations au niveau européen par la *compliance* vise également à imposer les valeurs de l'Union européenne à travers le monde[747]. L'ambition européenne est de développer un droit européen de la *compliance* fidèle à sa tradition humaniste en imposant, par le droit, la protection des droits de l'Homme et du développement durable[748]. C'est ce que l'Union européenne a déjà réalisé avec le règlement général sur les données. La réussite européenne en matière de protection des données personnelles est observée dans le monde et copiée[749]. Il faut utiliser cette réussite comme tremplin pour développer le droit de la *compliance* européen dans les domaines du numérique et de la protection des droits de l'Homme et de l'environnement.

114. L'inflation normative cause de complexité des sources du droit des affaires. Au titre des causes de la complexité des sources du droit des affaires figure l'inflation normative[750]. Cette expression renvoie à la prolifération et à la démultiplication des normes applicables à une même thématique avec une conséquence logique : plus les normes sont nombreuses, plus il est complexe d'identifier celles applicables à une situation juridique[751]. Cette complexité s'accroit lorsque les normes proviennent de deux ordres différents, provoquant un effet de cumul[752]. Il en va ainsi de la *compliance* dont les normes, mélanges de projets européens et internes, se développent indépendamment les unes les autres.

Historiquement, apparue en France dans le domaine financier et bancaire **(A),** la *compliance* s'étend désormais au droit des sociétés **(B)** et au droit numérique **(C)**.

A. La *compliance* dans le domaine bancaire et financier

115. Le cadre législatif de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le cadre juridique et institutionnel national de la lutte contre le blanchiment

---

[745] *Ibidem*.
[746] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 52.
[747] v. *supra*. pt. 103 et sv.
[748] Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129 (INL), p. 6.
[749] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 20.
[750] C. GRANIER, art. cit.
[751] *Ibidem*.
[752] *Ibid*.

d'argent et le financement du terrorisme s'est construit au gré des évolutions de la réglementation européenne qui institue les premières obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux à l'égard du secteur financier en 1991[753]. Le cadre législatif européen s'est par la suite étoffé, incluant dans son champ d'application des organismes et des professions de plus en plus nombreux. La directive du 4 décembre 2001[754], dite « deuxième directive », transcrite dans notre droit interne par la loi du 11 février 2004[755], a par exemple étendu le régime anti-blanchiment aux professions juridiques et judiciaires telles que les notaires, huissiers de justice, administrateurs judiciaires mandataires judiciaires, les avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'État, les avocats et les avoués près les Cours d'appel. Le périmètre de l'obligation s'est également élargi. C'est ainsi qu'au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, la directive du 26 octobre 2005[756], dite « troisième directive » a intégré la lutte contre le financement du terrorisme[757]. Les enjeux majeurs de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont permis de dépasser les considérations économiques et politiques, et de justifier les contraintes fortes imposées à un nombre croissant d'opérateurs[758] suivant une logique de *compliance* : identification des risques, prévention et détection.

116. Les obligations de *compliance* en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme imposent la mise en œuvre, dans le cadre de la structure et de l'activité des assujettis, de systèmes de prévention et de détection du blanchiment sous peine de sanctions pénales et administratives[759]. Il s'agit concrètement pour l'assujetti d'établir « un dispositif de gestion des risques »[760], c'est-à-dire une cartographie personnalisée d'identification et d'analyse du risque dont l'objet est le client ou l'opération[761]. L'analyse du risque conduira l'assujetti à déterminer le degré de vigilance requis dans la relation d'affaires[762]. Cette obligation de vigilance implique l'identification du client et la collecte de donnée relative à l'objet et à la nature de la relation d'affaires[763]. La graduation du

---

[753] Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, Journal officiel L 166 du 28.06.1991.

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

[755] Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

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

[757] S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Dalloz, 2021, p. 37.

[758] Pour la liste des opérateurs soumis aux normes LBC/FT v. article 561-2 du Code monétaire et financier.

[759] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Blanchiment », *in* M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE et E. CHEVRIER (dir.), Le Code de la compliance, Dalloz, 2021, p. 585.

[760] Article L. 561-4-1 et L. 561-32 du Code monétaire et financier.

[761] Article L. 561-5-1 du Code monétaire et financier.

[762] Article L. 561-5 du Code monétaire et financier. ; Pour la définition de relation d'affaire v. article L. 561-2-1 du Code monétaire et financier.

[763] Article L. 561-5-1 du Code monétaire et financier.

niveau de vigilance oblige l'assujetti à adapter le corpus de règles à son entreprise pour assurer l'efficacité du système tout en préservant sa compétitivité[764]. L'assujetti va ainsi allouer les moyens déployés en priorité aux situations les plus risquées et alléger les procédures pour les situations ne présentant que peu de risques. Ce pilotage doit être assuré par « une personne occupant une position hiérarchique élevée et possédant une connaissance suffisante de leurs expositions au risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme comme responsable de la mise en œuvre du dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »[765]. En vue d'assurer le respect des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, les assujettis organisent la formation et l'information de leurs personnels[766] ainsi que la mise en place d'un dispositif de contrôle interne[767] adapté « à leur taille, à la nature, à la complexité et au volume de leurs activités et doté de moyens humains suffisants »[768].

Les obligations de *compliance* en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme imposent également aux assujettis des obligations d'information des autorités publiques. L'assujetti est ainsi tenu de déclarer au service de renseignement financier national « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme »[769] ou « qu'elles proviennent d'une fraude fiscale »[770]. Elles adressent également au service de renseignement financier national « les éléments d'information relatifs à certaines opérations présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme »[771]. Le dispositif de *compliance* ne sanctionne pas toutefois, la commission de l'infraction de blanchiment d'argent, qui relève du Code pénal, mais le défaut de vigilance des professionnels aptes à faire barrage à la commission de telles infractions.

117. La codification dans le code monétaire et financier. En s'étendant à un panel de professionnels, hors secteur financier, de plus en plus nombreux[772], les obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ne sont plus restreintes à la branche spéciale du droit bancaire et financier. L'ensemble de ces obligations est néanmoins codifié dans le Code monétaire et financier eu égard à la nature financière de l'infraction de blanchiment d'argent.

---

[764] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Blanchiment » préc.
[765] Article L. 561-32 du Code monétaire et financier.
[766] Article L. 561-34 du Code monétaire et financier.
[767] Article L. 561-32 du Code monétaire et financier.
[768] Article R. 561-38-3 du Code monétaire et financier.
[769] Article L. 561-15, I du Code monétaire et financier.
[770] Article L. 561-15, II du Code monétaire et financier.
[771] Article L. 561-15-1, I du Code monétaire et financier.
[772] v. *infra* pt. 264 et sv.

Ces professionnels peuvent être soumis à d'autres obligations de *compliance*, qui ne sont pas spécifiques au secteur financier et bancaire et qui ne se trouvent donc pas dans le code monétaire et financier. À titre d'exemple, dans son rapport d'activité et d'analyse de 2020 Tracfin précise qu'en raison des liens étroits qui unissent la corruption au blanchiment de son produit, le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme constitue une composante essentielle à la définition d'un dispositif anticorruption efficace[773].

B. La *compliance* en droit des sociétés

118. La *compliance* s'est généralisée à tous les secteurs d'activité, visant les grandes entreprises[774] sources de certains maux qui frappent la société et que l'État ne parvient pas à réguler tels que la corruption **(1)**, l'atteinte à la sécurité des travailleurs et à l'environnement **(2)** et la déforestation **(3)**.

1. La lutte contre la corruption

119. Le cadre législatif de l'obligation de lutter contre la corruption. Le mécanisme de *compliance* visant à identifier, prévenir et détecter les risques a été repris dans la lutte contre la corruption. L'inefficacité de la législation française en cette matière faisait, en effet, l'objet de critiques récurrentes de la part des organisations internationales[775]. En 2012, l'OCDE publie ainsi un rapport sur le cas français dans lequel l'organisation internationale dénonce le peu de condamnation en France pour corruption transnationale en raison, notamment, de la collusion entre les entreprises françaises ayant recours à des pratiques illicites à l'étranger et les hautes sphères de l'administration publique[776]. La France est à nouveau épinglée en 2014 par l'OCDE et le GRECO[777] pour le montant excessivement bas des sanctions appliquées et le nombre bien trop faible de condamnations[778]. Lorsque cette inefficacité a eu des conséquences économiques pour les entreprises françaises, visées par les autorités de poursuites américaines sur le fondement d'un déséquilibre concurrentiel au détriment des entreprises américaines, le

---

[773] Tracfin, Activité et analyse, 2020, p. 27.

[774] v. *infra* pt. 300 et sv.

[775] *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique (n° 3770), après engagement de la procédure accélérée, relative à la compétence du défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, S. DENAJA, AN n° 3785 et 3786, le 26 mai 2016, p. 12.

[776] S. BOMMIER et C. RENOUARD, *L'entreprise comme commun, au-delà de la RSE*, Charles Léopold Mayer, 2018, p. 230.

[777] Le 27 janvier 2014, le GRECO a publié un rapport d'évaluation sur le dispositif français, plus précisément sur « la prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs ».

[778] *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique (n° 3770), après engagement de la procédure accélérée, relative à la compétence du défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, préc., p. 12.

législateur français a cherché à crédibiliser le dispositif français de lutte contre la corruption. Tirant les leçons de ses échecs, il s'est saisi de la *compliance* afin de construire un système efficace mêlant prévention et répression[779]. La prévention notamment est un facteur décisif en matière de lutte contre la corruption, notamment parce que les phénomènes de corruption sont le plus souvent systémiques et dissimulés[780]. L'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[781], dite « Sapin 2 », énumère ainsi des procédures que l'entreprise doit mettre en place pour prévenir tout fait de corruption et le cas échéant détecter ces faits.

120. Les obligations de *compliance* en matière de lutte contre la corruption. Les assujettis à l'obligation de lutte contre la corruption ont l'obligation de rédiger un code de conduite définissant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce dispositif à destination notamment des salariés devra être complété par la formation du personnel le plus exposé aux risques. L'information des salariés est nécessaire à l'effectivité du dispositif d'alerte interne permettant aux salariés de signaler les comportements ou situations contraires au code de conduite. Toute violation du code de conduite sera sanctionnée selon le régime disciplinaire mis en œuvre par l'entreprise.

Les risques de corruption doivent être identifiés, analyser et hiérarchiser dans une cartographie des risques en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquelles la société exerce son activité. Cette cartographie des risques permettra notamment de procéder à l'évaluation de la situation des clients et fournisseurs de l'entreprise.

121. L'absence de codification de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2017. L'article 17 de la loi du 9 décembre 2017 n'a pas été codifié. Il aurait pu être codifié dans le Code monétaire et financier comme l'obligation de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La corruption est, en effet, une infraction financière au même titre que le blanchiment d'argent. Les deux infractions sont, par ailleurs, souvent liées. Les produits de la corruption sont en effet blanchis afin que le bénéficiaire puisse utiliser les fonds ainsi obtenus sans crainte d'être découvert[782]. Le *Financial Action Task Force* reconnaît par ailleurs

---

[779] Audition de Me William Feugère, avocat au cabinet Feugère et fondateur de la Legal Tech Ethicorp et de Me Franck Verdun, avocat au cabinet Verdun Verniole par la mission d'évaluation 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, le 3 mars 2021.

[780] C. DUCHAINE, « L'agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Pour une Europe de la compliance, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 97.

[781] 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 (1), JORF n° 0287 du 10 décembre 2016.

[782] "The use of the FATF recommandations to combat corruption", octobre 2013, disponible sur le site du Financial Action Task Force : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/BPP-Use-of-FATF-Recs-Corruption.pdf.

que les mesures prises contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sont des outils puissants et utiles dans la lutte contre la corruption[783]. Le lien qui unit les deux infractions laisse à présager qu'un certain nombre d'assujettis à la lutte contre le blanchiment seront également assujettis à la lutte contre la corruption. L'objet de la codification étant de favoriser l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, notamment en rassemblant les normes dispersées[784], l'absence de codification de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2017 dans le Code monétaire et financier paraît regrettable.

Outre la lutte contre le blanchiment de capitaux, les entreprises soumises à la lutte contre la corruption sont souvent également soumises à la protection des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement. La corruption constitue, en effet, une cause mais également un effet de la pauvreté qui elle-même constitue un terrain favorable à la violation des droits de l'homme et de l'environnement.

2. La protection des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement

122. Le cadre législatif de l'obligation de vigilance. Dans la protection des droits fondamentaux, le législateur a également fait le choix de la *compliance*. La mondialisation a, en effet, révélé la nécessité de mieux protéger ces droits. Le développement des entreprises multinationales engendre un risque d'impunité en faveur des sociétés mères et donneuses d'ordre. Leur chaîne de production et d'approvisionnement constitue un risque élevé d'atteinte aux droits de l'homme et à l'environnement. C'est précisément pour remédier à cette irresponsabilité que la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre est adoptée. L'enjeu poursuivi par les promoteurs du texte est de placer le respect des droits fondamentaux au cœur des préoccupations des multinationales[785]. Pour ce faire, la loi, codifiée à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, impose l'adoption d'un plan de vigilance prévoyant la mise en place de procédures de prévention d'atteintes aux droits fondamentaux, au sein des organisations productives[786].

123. Les obligations de *compliance* en matière de vigilance. L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce impose aux assujettis la mise en œuvre d'un plan comportant des mesures de vigilance propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que de l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle,

---

[783] *Ibidem*.

[784] F. MELLERAY, « Codification, loi et règlement », Cahiers du Conseil Constitutionnel, janvier 2006 n° 19.

[785] B. CAZENEUVE, « La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises », *RJSP* Janvier 2019, n° 16, 4.

[786] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017, p. 380.

directement ou indirectement, mais également des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. L'assujetti doit ainsi établir une cartographie des risques au regard de laquelle il devra mettre en œuvre des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie et des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. L'assujetti devra également organiser un dispositif de suivi de l'efficacité des mesures ainsi mises en œuvre, ainsi qu'un mécanisme de recueillement des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques.

La montée en puissance progressive de la vigilance des entreprises françaises, meilleure que dans le reste du monde[787], témoigne du succès de la *compliance*, bien que la loi vigilance ait été source de déception. Son champ d'application peu clair[788] et restreint, ainsi que l'absence de régulateur assigné à la pédagogie et au contrôle des obligations de la loi, sont autant de freins à son efficacité. Si cette loi ne semble pas aboutie, l'ambition affichée par le texte initial ayant été limitée dans sa portée à l'issue du débat parlementaire et des nombreuses oppositions rencontrées[789], elle a néanmoins inspiré la construction d'un devoir européen de vigilance[790]. Outre l'harmonisation des règles qui menacent l'équité des conditions de concurrence des entreprises opérant dans l'Union[791], la directive comble un certain nombre de lacunes de la loi de vigilance française.

124. La directive européenne de vigilance. Le devoir de vigilance européen, comme en droit français, adopte la logique de *compliance* en mettant à la charge de l'entreprise une méthode de surveillance fondée sur les risques, tenant compte de leur probabilité, gravité et urgence[792]. Le processus de vigilance est ainsi un système proportionnel, car il dépend de la gravité et de la probabilité des incidences négatives que l'entreprise peut causer ou contribuer, de son secteur d'activité, de sa taille, de la nature et du contexte, notamment géographique, de ses activités, de son modèle commercial, de sa place dans la chaîne de valeur et de la nature de

[787] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, A. DUTHILLEUL et M. DE JOUVENEL (auteurs), Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 8.

[788] D. DE SAINT-AFRIQUE, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? », *JCP E* 2 Février 2017, n° 5, 1064.

[789] C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit social* 2017 p. 806 ; S. COSSART, T. BEAU DE LOMENIE, A. LUBRANI, « Extension du domaine de vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *RJSP* 2019, n° 16, 13 ; D. DE SAINT-AFRIQUE, art. cit. ; T. SACHS, art. cit.

[790] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.

[791] D. DE SAINT-AFRIQUE, art. cit.

[792] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 4.2.

ses produits et services[793]. Les entreprises doivent ainsi prendre toutes les mesures proportionnées et adéquates aux risques, et de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour recenser les effets préjudiciables potentiels ou réels et adopter des politiques et des mesures destinées à y faire face[794]. Elles sont ainsi toujours tenues d'agir dans la limite de leurs moyens[795]. Les obligations de vigilance devraient être conçues comme un processus continu en adéquation avec la nature dynamique des incidences négatives et « ne pas être un exercice consistant à cocher des cases »[796].

La directive européenne va notamment conduire à désigner une autorité de régulation destinée à contrôler la mise en œuvre des obligations de vigilance[797]. La loi française ne prévoit en effet aucun contrôle de la mise en œuvre des obligations de vigilance par une autorité de régulation. Seul le juge est garant de l'application de l'obligation de vigilance. Il peut être saisi par « toute personne justifiant d'un intérêt à agir » suite à une mise en demeure demeurée infructueuse durant trois mois[798]. Il peut alors enjoindre la société, le cas échéant sous astreinte, de respecter ses obligations. Le manquement aux obligations de vigilance peut également engager la responsabilité de son auteur sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil, ce qui suppose de démontrer une faute, un dommage et un lien de causalité[799]. L'entreprise n'est donc pas sanctionnée du seul fait de son manquement aux obligations de vigilance. La désignation d'une autorité de contrôle nationale permettra de sanctionner les entreprises ne respectant pas leur obligation de vigilance sans qu'un dommage n'ait été causé préalablement du fait du manquement. La directive précise que ces sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »[800]. Les États membres devront au moins prévoire des sanctions pécuniaires fondées sur le chiffre d'affaires net au niveau mondial dans la limite de 5% de celui-ci effectué au cours de l'exercice précédant[801].

---

[793] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 4.2.

[794] *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, préc., p. 11 ; Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 4.2.

[795] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 4.2.

[796] *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, préc., pt. 16.

[797] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, art. 24.

[798] Article L. 225-102-4, II du Code de Commerce.

[799] Article L. 225-102-5 du Code de Commerce.

[800] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, art. 27, 1.

[801] Ibidem, art. 27, 4.

Si la mondialisation des chaines de production à rendu nécessaire de se préoccuper des conditions des travailleurs, elle implique également de s'inquiéter de la déforestation qui participe à la crise climatique mondiale.

3. La lutte contre la déforestation

125. Une obligation de lutte contre la déforestation fondée sur la prévention et la transparence. L'Union européenne a adopté en mai 2023 un règlement relatif à la lutte contre la déforestation importée[802]. Il vise ainsi à interdire la mise sur le marché ou l'exportation depuis le marché européen de produits ayant contribué à la déforestation tel que les bovins, le cacao, le café ou l'huile de palme[803]. À cette fin, c'est un système de *compliance* qui a encore une fois été adopté par le législateur européen basé sur l'identification, la prévention et la détection des risques. Le règlement fixe ainsi les règles d'une diligence raisonnable obligatoire pour les entreprises qui souhaitent mettre sur le marché de l'Union européenne une liste de produits identifiés par les institutions de l'Union européenne comme des produits susceptibles de présenter un risque de déforestation et de dégradation des forêts. L'importation de ces produits à risque nécessitera donc la démonstration que ces produits sont « zéro déforestation », conforme à la législation du pays de production et font l'objet d'une diligence raisonnée[804]. Cette dernière comprend la collecte d'un ensemble d'informations sur le produit tel que la géolocalisation des parcelles sur lesquelles a été fabriqué le produit[805] ; les mesures d'évaluation du risque telles que la source, la fiabilité et la validité des informations fournies ou l'ampleur de la déforestation ou de la dégradation des forêts dans le pays de production[806] ; des mesures d'atténuation du risque appropriées pour parvenir à un risque nul ou seulement négligeable tel que la réalisation d'enquêtes ou d'audits indépendants[807]. La déclaration de vigilance raisonnée, est mise à la disposition des autorités compétentes[808].

126. L'articulation de la déforestation avec les obligations de *compliance* liées à la probité. La déforestation est étroitement liée à la corruption, aux risques pour les travailleurs et à l'environnement. Dans les pays forestiers, les communautés locales et populations autochtones sont particulièrement exposées à la corruption. La collusion entre les intérêts puissants des entreprises et l'exploitation forestière illégale détruisent leurs moyens de subsistance et dégradent leur environnement. Les entreprises soumises à la lutte contre la

[802] Règlement (UE) 2023/1115 du parlement européen et du conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010.

[803] Interview de Florian FERJOUX, « Règlement déforestation : " il ne faut pas attendre fin 2004 pour mettre en place cette diligence raisonnée" », Dalloz Actualité, 6 juillet 2023.

[804] Règlement (UE) 2023/1115 du parlement européen et du conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010, article 3.

[805] *Ibidem*, article 8, §2, a) et article 9.

[806] *Ibid*, article 8, §2, b) et article 10.

[807] *Ibid*, article 8, §2, c) et article 11.

[808] *Ibid*, article 4, §2.

déforestation devraient logiquement être soumises également à la lutte contre la corruption et la loi vigilance. Les outils de *compliance* de ces différentes lois devront donc être articulés ensemble alors même qu'ils ont des sources distinctes : règlement, loi et code de commerce. La logique d'identification, prévention et déclaration des risques propre à la *compliance* est également appliquée dans la régulation des activités numérique.

C. La *compliance* en droit du numérique

127. La *compliance* en matière de sécurité numérique. Depuis plusieurs années, le développement de cybermenaces, entraînant des fuites de données et des préjudices économiques importants, a fait réagir le législateur européen[809]. Dans ce contexte ont été voté d'une part, le règlement sur la protection des données personnelles, qui crée un dispositif juridique en direction des individus et de leurs données personnelles[810] **(1)** et d'autre part la directive Network and Information System Security, dont l'objectif majeur est d'assurer un niveau de sécurité élevé et commun pour les réseaux et les systèmes d'information de l'Union européenne **(2)**. Ces textes marquent une prise de conscience de la part des institutions des enjeux liés à la sécurité numérique.

128. La régulation des réseaux sociaux. Pour Madame Clément Beaune, secrétaire d'État chargée des Affaires européennes : « *L'espace en ligne doit être un espace régulé. Internet ne peut pas être un espace sans loi, ni droit. Le niveau européen est le bon échelon pour être efficaces, pour défendre nos intérêts et nos valeurs* »[811]. Cette dernière dispose, en effet, d'une taille suffisante pour que les tentatives de régulation des acteurs du numérique aient un poids réel[812]. La Commission européenne souhaite ainsi que l'Union européenne poursuive sa transformation numérique selon ses propres modalités[813]. Elle doit être en mesure de définir ses propres règles et valeurs, mais également influencer la manière dont les solutions numériques sont élaborées et utilisées à l'échelle mondiale[814]. À cette fin elle doit disposer d'un cadre clair qui promeuve des interactions fiables et numériques dans l'ensemble de la société, tant pour les citoyens que pour les entreprises[815]. Les citoyens doivent pouvoir faire confiance à la technologie, ainsi qu'à la manière dont elle est utilisée. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de l'utilisation des réseaux sociaux **(3)**.

---

[809] M. QUEMENER, « RGPD vs Directive NIS », *Dalloz IP/IT* 2019 p. 364.
[810] *Ibidem*.
[811] Communiqué de presse, « Digital Service Act et Digital Market Act », Paris, le 15 décembre 2020, n° 494.
[812] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.
[813] Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Façonner l'avenir de l'Europe, COM (2020) 67 final.
[814] *Ibidem*.
[815] *Ibid*.

1. L'obligation de protection des données personnelles

129. Le cadre législatif de l'obligation de protection des données personnelles. Les différences de réglementation quant à la protection des données personnelles entre les pays membres de l'Union européenne fragilisaient les entreprises européennes vis-à-vis de leurs homologues étrangers[816]. L'harmonisation de ces règles de protection au niveau européen à travers le règlement général sur la protection des données[817] renforce ainsi la compétitivité des entreprises européennes grâce à la mise en œuvre uniforme des programmes de conformité au niveau paraeuropéen permettant une rationalisation des coûts qui représente une chance pour le développement économique des entreprises européennes[818].

Le règlement européen du 27 avril 2016 exige, en effet, que l'assujetti définisse les « mesures techniques et organisationnelles »[819] à mettre en œuvre afin d'assurer la protection des données personnelles qu'il stocke. La méthode repose sur le principe de proportionnalité, les mesures dépendront du contexte, des activités de l'entreprise et notamment de son modèle d'affaires et du risque généré par le traitement[820]. Une stratégie préventive est ainsi mise en œuvre par des normes et procédures de contrôle « *sur mesure* »[821]. L'assujetti doit traiter les données personnelles qu'il stocke selon une logique fondée sur la responsabilité et l'autoévaluation en définissant les mesures de mise en conformité qu'elle estime les plus adaptées à sa situation et sur la base desquelles elle est tenue de rendre compte au contrôleur[822]. Cette logique se substitue à celle du mécanisme de formalités préalables à accomplir auprès du régulateur local, système déclaratif sur lequel reposait précédemment le droit des données personnelles[823]. Ce système qui avait pour perspective de figer une situation qui, par nature, ne

---

[816] G. DESGENS-PASANAU, « RGPD : entre incertitudes et occasions manquées », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 15.

[817] Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

[818] G. DESGENS-PASANAU, art. cit. ; E. BRUNET, « Règlement général sur la protection des données à caractère personnel – Genèse de la réforme et présentation globale », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 39.

[819] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), Article 24.

[820] *Ibidem*.

[821] C. ZOLYNSKI, « Compliance et droit des données personnelles », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN et J.-C. RODA*, Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 129.

[822] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 37 ; G. HAAS, « Bilan après neuf mois d'application du RGPD », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 357 ; A. DEBET, « Les nouveaux instruments de conformité », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 67 ; E. BRUNET, art. cit. ; J.-L. SAURON et M. QUEMENER, « La régime de sanction du RGPD : quand la complétude l'emporte sur la cohérence », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 82.

[823] G. HAAS, art. cit.

l'est pas[824] s'était avéré peu efficace[825]. Ces formalités pénalisaient, par ailleurs, les entreprises économiquement puisque les délais de traitement particulièrement long de ces dossiers par le régulateur obligeaient les entreprises à suspendre des traitements stratégiques pour leur développement économique[826]. Le règlement entend ainsi transférer la charge de la vigilance continue du régulateur au responsable du traitement[827].

La mise en œuvre harmonisée au niveau européen, d'un système de *compliance* dans la protection des données personnelles assure l'efficacité de la réglementation européenne devenue la référence en matière de protection des données personnelles[828], copiée par les grandes puissances mondiales et redoutée des GAFAM[829].

130. La nature de la sanction de l'obligation de protection des données personnelles. La responsabilité du responsable du traitement est engagée lorsque le dommage est causé par le traitement des données en violation des dispositions du règlement général sur la protection des données européen[830]. Le régime de responsabilité est celui de la responsabilité civile objective, c'est-à-dire qu'il s'agit de l'obligation de réparer le dommage[831].

En cas de méconnaissance des obligations prévues par le règlement général sur la protection des données, le responsable du traitement peut également être sanctionné par une amende administrative, infligée par l'autorité de contrôle[832]. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la nature pénale ou civile des amendes de nature administrative. Dans un arrêt *Engel*[833], la Cour vérifie successivement (i) si le texte définissant

---

[824] K. FAVRO, « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », Légicom 2017, p. 21.

[825] G. DESGENS-PASANAU, art. cit ; A. DEBET, art. cit.

[826] G. DESGENS-PASANAU, art. cit.

[827] A. DEBET, art. cit.

[828] M. QUEMENER, art. cit.

[829] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, M.-A. FRISON-ROCHE, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019, p. 20 ; Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Façonner l'avenir de l'Europe, COM (2020) 67 final.

[830] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 82.

[831] K. ROSIER et A. DELFORGE, « Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD », *in Larcier Le règlement général sur la protection des données*, Dalloz, 2018.

[832] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 83 ; L. GERARD, « Titre 13 – Les sanctions en cas de non-respect du RGPD : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? » *in Larcier Le règlement général sur la protection des données*, Dalloz, 2018.

[833] CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 ; v. également CEDH, 23 novembre 2006, Jussila c/ Finlande, n° 73053/01 et CEDH, 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie, n° 14939/03.

l'infraction incriminée appartient, d'après la technique juridique de l'État défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois ; (ii) la nature de l'infraction ; (iii) le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé[834]. Ces critères ne sont pas nécessairement cumulatifs, la Cour précisant par ailleurs, en ce qui concerne le premier, que « l'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative »[835]. Dans un arrêt *Grande Stevens c. Italie*[836] la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question, suite à la condamnation par l'autorité de contrôle des marchés financiers italiens de requérants poursuivis de faits de manipulation de marché boursier et condamné à des amendes administratives oscillantes entre cinq cents mille et cinq millions d'euros[837]. Reprenant les critères de l'affaire *Engel*, la Cour observe que la mesure est qualifiée de sanction administrative dans le droit italien ; que les dispositions violées protègent l'intérêt général de la société et que les amendes infligées ont à la fois un but dissuasif et répressif[838]. De ce triple test, la Cour tire la conclusion que la nature de cette sanction administrative est pénale[839]. La Cour de justice de l'Union européenne a adopté le même raisonnement dans son arrêt Bonda[840] en matière de qualification des sanctions administratives. En appliquant ce triple test aux amendes administratives instaurées par le règlement général de protection des données, Monsieur Loïck Gerard conclut que ces amendes, qui répriment les violations de la vie privée, poursuivent un but dissuasif et sont donc de natures pénales[841]. La sévérité des sanctions représente toutefois un danger juridique pour les entreprises alors même que l'accessibilité de la loi n'est pas assurée.

131. L'articulation de la réglementation de la protection des données personnelles avec les différentes obligations de *compliance*. Le règlement européen du 27 avril 2016 a été transposé en droit français par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles. Les obligations de protection des données personnelles en revanche ne font pas l'objet d'une codification, ce qui peut nuire à l'accessibilité de la loi et plus généralement à la mise en œuvre des obligations de *compliance* qui s'articulent les unes avec les autres. Si les données personnelles constituent le champ d'application matériel unique du

---

[834] CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, pt. 82.

[835] *Ibidem* ; L. GERARD, art. cit.

[836] CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 ; *Revue internationale des services financiers*, 2014, n° 2, p. 53-57, note P. PAILLER ; *Revue banque*, 2015, n° 782, p. 58-64, obs. E. JOUFFIN ; *D.* 2014, n° 40, p. 2310, obs. D. HERVEY ; *Droit administratif,* 2015, 8, S. PLATON ; *Revue juridique de l'économie publique*, 2014, 724, G. ECKERT ; *JCP G* 2014, 28, F. SUDRE.

[837] L. GERARD, art. cit.

[838] *Ibidem*.

[839] *Ibid*.

[840] CJUE, 5 juin 2012, arrêt Bonda, C-489/10 ; *Europe*, 1 août 2012, n° 349, note S. ROSET ; v. L. GERARD, art. cit. : « Dans cette affaire, un agriculteur (M. Bonda) avait été sanctionné administrativement suite au dépôt d'une déclaration inexacte concernant l'étendue de ses terres agricoles. M. Bonda avait ensuite – sur la base des mêmes faits – été poursuivi pénalement par les juridictions polonaises. L'affaire remonta jusqu'à la Cour suprême polonaise qui adressa une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne quant à la nature pénale ou civile de la sanction administrative et ce afin de déterminer si les poursuites pénales engagées à l'encontre de M. Bonda violaient ou non le principe ne bis in idem ».

[841] L. GERARD, art. cit.

règlement général de protection des données, la loi vigilance pourrait également avoir pour objet d'assurer la protection des données à caractère personnel[842]. La loi vigilance vise, en effet, tous « les droits humains et les libertés fondamentales » ce qui semble devoir inclure la protection des données personnelles puisque « toute personne a droit à la protection des données le concernant » selon l'article 8, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 16, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union. Ce caractère fondamental du droit à la protection des données personnelles est encore rappelé dans le premier considérant du règlement général de protection des données. Dès lors, l'assujetti à la loi vigilance l'est également au règlement général de protection des données et il sera alors pertinent de coordonner les deux dispositifs. Le règlement général de protection des données devra également être pris en considération dans la mise en place des dispositifs d'alerte.

Au terme de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, le dispositif d'alerte peut permettre de dénoncer « un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général »[843]. L'atteinte portée aux données personnelles peut précisément constituer un délit sanctionné, conformément aux articles 226-16 à 226-30 du Code pénal. Le dispositif d'alerte mis en place pour répondre aux exigences de la loi du 9 décembre 2016 peut donc servir à la bonne mise en œuvre de la protection des données personnelles. Ce dispositif sera lui-même soumis au règlement général de protection des données dès lors que les données à caractère personnelles en constituent la matière première[844]. L'autorisation AU-004 de la CNIL relative aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des dispositifs d'alerte a fait l'objet de modifications afin de calquer son champ d'application à la loi Sapin 2[845]. L'autorisation détermine les données à caractère personnel qui peuvent être collectées tout en précisant qu'elles doivent être formulées de manière objective, être en rapport direct avec le périmètre du dispositif et strictement nécessaire à la vérification des faits allégués[846]. Outre les dispositifs d'alerte, des données personnelles sont également collectées dans le cadre des investigations internes et des audits menés par les assujettis aux différentes obligations de *compliance*. Les données à caractère personnelles font ainsi partie intégrante des programmes de *compliance*, ce qui implique le respect du règlement général de protection des données dans leur mise en œuvre. Les assujettis

[842] G. PERONNE et E. DAOUD, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », *Dalloz IP/IT* 2017 p. 584.

[843] 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 (1), article 6.

[844] G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit.

[845] Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004). Subsiste une interrogation relative à l'application de cette autorisation : la survivance du régime des autorisations de la CNIL après l'entrée en vigueur du RGPD n'est pas acquise, v. G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit.

[846] *Ibidem*.

doivent donc avoir une parfaite connaissance de toutes ces obligations de *compliance* réparties dans différentes réglementations.

Les données personnelles sont également protégées par la Directive Network and Information Security qui prévoit des mesures destinées à assurer un niveau de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union européenne et qui vise à protéger les informations contre les risques et incidents que ceux-ci impliquent ou pas des traitements de données personnelles.

2. La protection des réseaux et systèmes d'information

132. Les obligations structurelles pour assurer la sécurité des réseaux et systèmes d'information. Le législateur a créé plusieurs catégories d'acteurs impliqués dans la mise en œuvre d'un système d'information. Le Code de la défense précise le statut des opérateurs d'importance vitale[847] quand les textes européens créent les statuts d'Opérateurs de services essentiels[848] et de Fournisseur de service numérique[849] transposé dans notre droit par la loi n° 2018-133 du 26 février 2018. Ces trois statuts visent à responsabiliser les opérateurs proposant des services stratégiques et essentiels au fonctionnement du pays en les mettant face à leurs obligations de protection et de sécurisation des réseaux et des systèmes d'information. Ces différents acteurs sont soumis à des régimes divergents bien qu'adjacents.

La Directive *Network and information security* a été adopté par les institutions européennes en 2016 afin d'assurer un niveau de sécurité élevé et commun pour les réseaux et les systèmes d'information de l'Union européenne. Transposée en droit français par la loi n° 2018-133 du 26 février 2018, elle introduit de nouvelles obligations pour les opérateurs de services essentiels qui sont tenus de prendre des « mesures techniques et organisationnelles nécessaires et proportionnées pour gérer les risques qui menacent la sécurité des réseaux et des systèmes d'information qu'ils utilisent dans le cadre de leurs activités. Ces mesures garantissent, pour les réseaux et les systèmes d'information, un niveau de sécurité adapté au risque existant, compte tenu de l'état des connaissances. »[850]. Il s'agit d'une approche par les risques qui repose sur l'application de règles techniques, fixées par arrêté du Premier ministre[851], par l'opérateur de

[847] Article R. 1332-1, II du Code de la défense.

[848] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 5.

[849] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016, Annexe 3 ; LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 11, III.

[850] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016, article 14, pt. 1.

[851] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 6 ; Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité

services essentiels dans le respect du principe de proportionnalité. À ce titre, l'opérateur de services essentiels effectue et tient à jour une cartographie des risques[852] lui permettant d'élaborer et de mettre en œuvre une politique de sécurité des réseaux et systèmes d'information[853]. Il doit réaliser des audits de la sécurité de ses systèmes d'information essentielle[854] afin de procéder à une homologation de sécurité. L'homologation est une « décision formelle prise par l'opérateur qui atteste que les risques pesant sur la sécurité de ce système ont été identifiés et que les mesures nécessaires pour le protéger sont mises en œuvre. Elle atteste également que les éventuels risques résiduels ont été identifiés et acceptés par l'opérateur »[855]. L'arrêté du 14 septembre 2018 énumère onze règles techniques à respecter relative à la protection des réseaux et systèmes d'information[856]. L'opérateur de services essentiels doit décrire la mise en œuvre de ces règles dans le dossier d'homologation. Il élabore une procédure de détection des incidents de sécurité[857] qu'il doit traiter et analyser[858].

Le régime des fournisseurs de service numérique est quant à lui allégé. Ceux-ci doivent établir une cartographie des risques permettant d'adapter leur niveau de sécurité des réseaux et systèmes d'information[859]. Celle-ci doit leur permettre de définir « un ensemble de politiques appropriées sur la gestion de la sécurité de l'information, y compris l'analyse des risques, les ressources humaines, la sécurité des opérations, l'architecture de la sécurité, les données sécurisées et la gestion du cycle de vie du système et, le cas échéant, le cryptage et sa gestion »[860]. Le Fournisseur de service numérique doit également prendre des mesures destinées à assurer la gestion des incidents[861] et le suivi, l'audit et le contrôle de ses réseaux[862].

Les opérateurs d'importance vitale établissent un plan de sécurité d'opérateur d'importance vitale qui a pour but de décrire l'organisation et la politique de sécurité de l'opérateur[863]. Il est fondé sur l'analyse des risques effectuée en amont par l'opérateur d'importance vitale. Ce dernier doit également établir un plan particulier de protection destiné « à mettre en échec ou, à défaut, à retarder les tentatives malveillantes, à en limiter les effets et à faciliter la continuité d'activité ou le rétablissement d'activité »[864] et doit faire l'objet d'une approbation de l'autorité

---

et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, annexe I.

[852] Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, annexe I, chapitre 1, R. 1 et R. 6.

[853] *Ibidem*, annexe I, chapitre 1, R. 2.

[854] *Ibid*, annexe I, chapitre 1, R. 5.

[855] *Ibid*, annexe I, chapitre 1, R. 3.

[856] *Ibid*, annexe I, chapitre 2.

[857] *Ibid*, annexe I, chapitre 3, R. 18.

[858] *Ibid*, annexe I, chapitre 3, R. 21.

[859] J. EYNARD, « Cybersécurité », Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication, 2021, pt. 136.

[860] *Ibidem*, pt. 137.

[861] *Ibid*, pt. 139.

[862] *Ibid*, pt. 140.

[863] *Ibid*, pt. 84.

[864] *Ibid*, pt. 85.

administrative[865]. Le Premier ministre fixe une série de règles de sécurité que les opérateurs sont tenus d'implémenter à leurs frais[866]. Chaque opérateur doit décrire l'ensemble des moyens organisationnels et techniques qu'il met en œuvre afin d'assurer le respecter de ces règles de sécurité dans un PSSI[867]. Son efficacité sera évaluée par un audit qui permettra d'aboutir à son homologation[868]. Des mesures pour détecter les tentatives d'attaque doivent être prises[869]. L'opérateur d'importance vitale doit élaborer et mettre en œuvre une procédure de traitement des incidents ainsi qu'une procédure de gestion de crises.

Les trois statuts imposent la désignation d'une personne chargée de le représenter auprès de l'autorité de contrôle pour toute question relative à la mise en œuvre de ses obligations techniques[870]. Une obligation de déclarer les incidents de sécurités pèse par ailleurs sur ces trois types d'opérateurs. L'opérateur de services essentiels et le fournisseur de service numérique notifient ainsi « sans retard injustifié, les incidents qui ont un impact significatif sur la continuité des services essentiels qu'ils fournissent. »[871]. De même, l'opérateur d'importance vitale « communique à l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information les informations relatives aux incidents affectant la sécurité ou le fonctionnement de leurs systèmes d'information d'importance vitale » dès lors qu'ils en ont connaissance[872].

133. L'accessibilité de la loi. Bien que les trois statuts n'aient pas exactement les mêmes obligations, ils partagent le même objectif. Seul le statut d'opérateur d'importance vital est pourtant codifié dans le Code de la défense. Les statuts d'opérateur d'importance vitale et d'Opérateur de service essentiel sont par ailleurs très proches[873]. L'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information définit ainsi les opérateurs d'importance vitale comme ceux « qui exploitent ou utilisent des installations jugées indispensables pour la survie de la Nation »[874] et les opérateurs de service essentiel comme « un opérateur tributaire des réseaux ou systèmes d'information, qui fournit un service essentiel dont l'interruption aurait un impact

[865] Article L. 1332-3 du Code de la défense.
[866] Article L. 1332-6-1 du Code de la défense.
[867] Article R. 1332-41-1, R. 1332-41-2 et R. 1332-41-10 du Code de la défense ; J. EYNARD, pt. 88.
[868] J. EYNARD, pt. 89.
[869] Article L. 1332-6-1 et R. 1332-41-3 du Code de la défense.
[870] Décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, article 5 ; Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, annexe I, chapitre 1, R. 3.
[871] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016, article 14, pt. 3 et article 16, pt. 3.
[872] Article R. 1332-41-10 du Code de la défense.
[873] J. EYNARD, pt. 64.
[874] « Protection des OIV en France », disponible sur le site internet de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information : https://www.ssi.gouv.fr/entreprise/protection-des-oiv/protection-des-oiv-en-france/.

significatif sur le fonctionnement de l'économie ou de la société »[875]. Si les deux catégories sont si proches, ce n'est pas un hasard. Les travaux de la loi de programmation militaire[876] qui définit les critères de sécurité appliqués aux opérateurs d'importance vitale ont servi d'inspiration aux travaux de transposition de la directive concernant les opérateurs de services essentiels[877]. La pertinence de la subsistance de deux régimes d'opérateurs si proches et par ailleurs dans deux corpus de réglementation différente interroge quant à la lisibilité de la loi. La Commission européenne propose par ailleurs de fusionner les statuts d'opérateurs d'importance vitale et de fournisseurs de service numérique : « cette différenciation s'est avérée obsolète puisqu'elle ne reflète pas l'importance réelle des secteurs ou des services pour les activités économiques et sociales sur le marché intérieur »[878]. La Commission entend étendre le champ d'application à tous « les secteurs et services revêtant une importance cruciale pour les activités économiques et sociales essentielles au sein du marché intérieur »[879] qu'elle classerait en deux catégories, en fonction du niveau de criticité du secteur ou du type de service, ainsi que du niveau de dépendance des autres secteurs ou types de service : entités essentielles et entités importantes[880]. Les exigences en matière de gestion des risques et d'obligations de signalement seraient les mêmes, seuls les régimes de surveillance et de sanction seraient différenciés « afin de garantir un juste équilibre entre les exigences et les obligations, d'une part, et la charge administrative qui découle du contrôle de la conformité, d'autre part »[881]. La transposition d'une telle directive dans le droit français serait l'occasion de supprimer le régime des opérateurs d'importance vitale afin de simplifier la réglementation des opérateurs soumis aux obligations de protection des réseaux et systèmes d'information.

La *compliance* permet ainsi de responsabiliser les opérateurs stratégiques en les chargeant de protéger et de sécuriser leurs réseaux et systèmes d'information, elle permet également de responsabiliser les plateformes en ligne.

---

[875] « Opérateurs de services essentiels », disponible sur le site internet de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information : https://www.ssi.gouv.fr/entreprise/reglementation/directive-nis/faq-operateurs-de-services-essentiels-ose/.

[876] LOI n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale (1), JORF n° 0294 du 19 décembre 2013.

[877] « Opérateurs de services essentiels », disponible sur le site internet de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information : https://www.ssi.gouv.fr/administration/reglementation/directive-nis/nis-un-dispositif-de-cybersecurite-pour-les-operateurs-de-service-essentiel/.

[878] Commission européenne, Proposition de directive relative à des mesures visant à assurer un niveau commun élevé de cybersécurité dans l'Union européenne et abrogeant la directive [UE] 2016/1148, COM (2020) 823 final, 16 décembre 2020, pt. 7.

[879] *Ibidem*.

[880] *Ibid*, pt. 11.

[881] *Ibid*.

3. La régulation des réseaux sociaux

134. La position privilégiée de l'Union européenne dans la régulation des réseaux sociaux. L'internet étant par nature transfrontière, les efforts législatifs au niveau national ne permettent pas d'assurer la sécurité et une protection uniforme des droits des citoyens et des entreprises de l'Union en ligne[882]. Le maintien d'un environnement en ligne sûr ne peut être réalisé qu'au niveau de l'Union européenne[883]. Seul le régulateur européen peut notamment avoir un poids suffisant pour dialoguer en position de force avec les grands réseaux sociaux, mais également éviter des excès de régulateurs nationaux sous la pression d'évènements nationaux[884]. C'est pourquoi, dans sa communication « Façonner l'avenir numérique de l'Europe »[885], la Commission européenne s'est engagée à actualiser les règles horizontales qui définissent les responsabilités et les obligations des prestataires de services numériques, et en particulier des plateformes en ligne. Cet engagement fait suite à l'adoption par le Parlement européen de résolutions[886] qui appelaient notamment à la protection des droits fondamentaux dans l'environnement en ligne, notamment la liberté d'expression et d'information, et à la responsabilité des prestataires de services numériques, en préconisant des obligations effectives pour lutter contre les contenus illicites en ligne. La proposition de règlement sur les services numériques de la Commission vise à répondre à ces préoccupations en faisant peser sur les acteurs des services numériques l'obligation d'évaluer les risques que présentent leurs systèmes[887]. Il s'agit pour eux de mettre au point des outils appropriés de gestion des risques visant à protéger l'intégrité de leurs services contre l'utilisation de techniques de manipulation[888]. Ces obligations de diligences sont proportionnelles à la taille et aux services proposés par les fournisseurs de service numériques[889]. À cet égard, la proposition de règlement définit des obligations de base, applicables à tous les fournisseurs de services intermédiaires, et des obligations supplémentaires pour les fournisseurs de services d'hébergement, plus particulièrement, pour les plateformes en ligne et les très grandes plateformes en ligne[890]. Il importe ainsi que « *des acteurs devenus structurants endossent des responsabilités*

---

[882] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, Exposé des motifs, p. 7.

[883] *Ibidem*.

[884] S. ABITEBOUL et J. CATTAN, « Nos réseaux sociaux, notre régulation », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 38.

[885] Communication de la Commission européenne, Façonner l'avenir numérique de l'Europe, 19 février 2020.

[886] Résolution du Parlement européen : améliorer le fonctionnement du marché unique (2020/2018(INL)) ; Résolution du Parlement européen relative à l'adaptation des règles de droit commercial et civil pour les entités commerciales exerçant des activités en ligne (2020/2019(INL)) ; Résolution du Parlement européen sur la législation relative aux services numériques et les questions liées aux droits fondamentaux (2020/2022(INI)).

[887] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, Exposé des motifs, p. 4.

[888] *Ibidem*.

[889] *Ibid*, p. 8.

[890] *Ibid*, pt. 35.

correspondant à leur pouvoir de marché effectif. Ils ne sauraient se retrancher plus longtemps derrière des statuts artificiellement protecteurs, sans rapport avec leur puissance économique réelle »[891].

135. Les obligations générales. L'obligation générale consiste en une action *ex post* des plateformes qui ont l'obligation de retirer les contenus manifestement illicites[892]. Ce retrait peut faire suite à un signalement effectué par un individu ou une entité via le mécanisme de notification obligatoirement mis en place et notamment les alertes du signaleur de confiance[893]. Ce dernier est un statut accordé « qu'aux entités, et non aux personnes physiques, qui ont démontré, entre autres, qu'elles ont une expertise et une compétence particulières dans la lutte contre les contenus illicites, qu'elles représentent des intérêts collectifs et qu'elles travaillent de manière diligente et objective »[894]. Le retrait peut également faire suite à une injonction par les autorités judiciaires ou administratives[895]. Pèse également sur les fournisseurs de service une obligation d'information en cas de soupçons « que le bénéficiaire a pu commettre, peut-être en train de commettre ou est susceptible de commettre une infraction pénale grave impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes »[896] ou sur injonction de fournir des informations spécifiques par les autorités judiciaires ou administratives[897]. Des obligations complémentaires, *ex ante*, pèsent sur les plus grandes plateformes.

136. Les obligations spécifiques. Les très grandes plateformes ont des obligations *ex ante* de *compliance* visant à identifier, prévenir et déclarer les risques. Ces acteurs sont, en effet, en position d'agir en amont du dommage, et de répondre à toutes les situations possibles selon leur degré de gravité et de risque pour les utilisateurs[898]. Elles doivent, pour cela, évaluer les risques systémiques découlant du fonctionnement et de l'utilisation de leur service, ainsi que des abus potentiels par les bénéficiaires du service, et prendre des mesures d'atténuation appropriées[899]. Le règlement identifie quatre catégories de risques systémiques devant être évaluées de manière approfondie[900]. Dans la première catégorie figurent « les risques associés

---

[891] Communiqué de presse, « Digital Service Act et Digital Market Act », préc.

[892] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, pt. 47.

[893] *Ibidem*, article 14.

[894] *Ibid*, pt. 46.

[895] *Ibid*, article 8.

[896] *Ibid*, pt. 48 et article 21.

[897] *Ibid*, article 9.

[898] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, Rapport de la mission « régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook » remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, mai 2019, p.11.

[899] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, pt. 56.

[900] Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), pt. 80 et sv.

à la diffusion de contenus illicites, tels que la diffusion de matériel pédopornographique, de discours haineux illégaux ou d'autres types d'usage abusif de leurs services dans le cadre d'infractions pénales, et la poursuite d'activités illégales, telles que la vente de produits ou de services interdits par le droit de l'Union ou le droit national, y compris des produits dangereux ou de contrefaçon, ou des animaux commercialisés illégalement »[901]. La deuxième catégorie concerne « l'incidence réelle ou prévisible du service sur l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont protégés par la Charte, ce qui comprend, sans s'y limiter, la dignité humaine, la liberté d'expression et d'information, dont la liberté et le pluralisme des médias, le droit à la vie privée, la protection des données, le droit à la non-discrimination, les droits de l'enfant et la protection des consommateurs »[902]. La troisième catégorie de risques concerne « les effets négatifs réels ou prévisibles sur les processus démocratiques, le discours civique et les processus électoraux, ainsi que sur la sécurité publique »[903]. La quatrième catégorie de risques découle « de préoccupations similaires relatives à la conception, au fonctionnement ou à l'utilisation, y compris par manipulation, de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne ayant un effet négatif réel ou prévisible sur la protection de la santé publique et des mineurs, ainsi que des conséquences négatives graves sur le bien-être physique et mental d'une personne, ou sur la violence à caractère sexiste. Ces risques peuvent également résulter de campagnes de désinformation coordonnées liées à la santé publique ou de la conception d'interfaces en ligne susceptibles de stimuler les dépendances comportementales des destinataires du service »[904]. Une fois les risques identifiés, la plateforme doit déployer les moyens nécessaires pour atténuer ces risques « avec diligence », efficacité et dans le respect du principe de proportionnalité[905]. Des obligations de transparence supplémentaires pèsent sur ces plateformes qui devront rendre compte du respect des obligations *ex ante* et de la réalisation d'un audit indépendant[906], le tout sous le contrôle du superviseur[907].

137. La supervision. Il ne s'agirait plus seulement de contrôler *a posteriori* ce que les réseaux sociaux ont décidé de supprimer, mais de superviser les moyens mis en œuvre par ces opérateurs pour s'assurer qu'ils mettent bien en place les moyens nécessaires à la non-propagation des contenus haineux selon des critères qui ne seraient pas purement internes au réseau social[908]. Le régulateur superviserait ainsi la bonne mise en œuvre de mesures

[901] *Ibidem*.
[902] *Ibid*, pt. 81.
[903] *Ibid*, pt. 82.
[904] *Ibid*, pt. 83.
[905] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, pt. 58 et article 27.
[906] Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), article 37.
[907] *Ibid*, article 40 et 49.
[908] S. ABITEBOUL et J. CATTAN, art. cit.

préventives sans réglementer lui-même le service fourni[909]. Le cadre de régulation définit la nature des obligations sans en détailler les modalités, permettant au superviseur de s'adapter rapidement aux mutations des réseaux sociaux[910].

138. Conclusion §1. Le désordre des lois de compliance comme obstacle à son application effective par ses sujets. Les lois de *compliance* sont de nature pénale, financière, commerciale. Elles sont réparties dans le code monétaire et financier, commercial ou ne sont pas codifiées. Malgré leur développement dans différentes branches du droit, elles s'inspirent de méthodes communes, ont recours aux mêmes outils et prévoient des obligations qui s'articulent les unes avec les autres[911]. Au vu des points communs opérationnels que présentent les obligations de *compliance,* les assujettis doivent appliquer ces textes ensemble, ce qui implique une parfaite connaissance des différentes obligations de *compliance*.[912]. La répartition dans différents codes ou textes des obligations de *compliance* ainsi que le manque de cohérence de ces obligations entre elles[913], nées indépendamment les unes des autres, présente un obstacle à la mise en œuvre de ces obligations de plus en plus nombreuses. Les nombreux projets européens tendront à accroître ce phénomène, densifiant un système désordonné dont la complexité est accrue par l'utilisation croissante des techniques de *compliance*.

§2. La confusion quant a la nature des normes par le recours croissant aux techniques de *compliance*

139. Le recours croissant aux techniques de *compliance*. Le recours croissant aux techniques de *compliance* se caractérise par l'utilisation d'instruments opérationnels de la *compliance* **(A)** ou par l'incitation à répondre à des objectifs sociaux, sociétaux ou environnementaux **(B)**. Ces techniques ne suffisent pas à l'émergence d'une norme de *compliance* qui suppose la détermination d'un objectif d'intérêt général à atteindre et les outils pour y parvenir, mais entraîne pourtant une certaine confusion parmi les observateurs.

A. L'utilisation d'instruments opérationnels de la *compliance*

140. L'utilisation d'instruments opérationnels de la *compliance*. Eu égard à l'efficacité des instruments opérationnels de la *compliance*, l'Autorité de la concurrence incite

---

[909] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, Rapport de la mission « régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook » remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, mai 2019, p. 3.

[910] *Ibidem*, p. 18.

[911] G. Peronne et E. Daoud, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », art. cit. ; X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », art. cit. ; E. Brunet, art. cit. ; A. Debet, art. cit.

[912] G. Peronne et E. Daoud, art. cit.

[913] H. Castelnau, P. Abadie, E. Bely, « la société à mission : risques et opportunités d'un dispositif transformateur », Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2022, entretien 3.

les opérateurs économiques à adopter volontairement un programme de *compliance* destiné à assurer le respect du cadre réglementaire **(1)**. Ces instruments sont également utilisés par le législateur afin d'inciter les opérateurs économiques à s'engager dans des démarches de responsabilité sociale et environnementale **(2)**.

1. L'incitation à la compliance, l'exemple du droit de la concurrence

141. L'incitation à la mise en œuvre d'un programme de *compliance* en droit de la concurrence. Le Droit de la concurrence est un droit *ex post,* sanctionnant des comportements prohibés, au sein duquel les autorités de concurrence ont développé des outils *ex ante* de *compliance*[914]. L'Autorité de la concurrence encourage en effet les entreprises à mettre en place un programme de conformité afin de détecter de possible manquement aux règles du droit de la concurrence, de mettre fin à ces manquements et d'en prévenir la réitération[915]. Dans son document-cadre du 10 février 2012, l'Autorité de la concurrence pose comme condition d'efficacité du programme la mise en place de mesures d'information, de sensibilisation et de formation aux règles de concurrence combinées avec des mécanismes de surveillance, de contrôle et de sanction[916]. Il s'agit alors pour l'entreprise de réunir dans une documentation accessible à tous « une prise de position claire, ferme et publique des organes de direction et plus généralement de l'ensemble des dirigeants et mandataires sociaux » de respecter les règles de concurrence et de soutenir le programme mis en place ; « l'engagement de désigner une ou plusieurs personne(s) chargée(s), au sein de l'entreprise ou de l'organisme, du programme de conformité» ; « l'engagement de mettre en place des mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation » ; « l'engagement de mettre en place des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte » ; « l'engagement de mettre en place un dispositif effectif de suivi » comportant notamment une procédure de traitement des alertes et des sanctions disciplinaires[917]. Ces outils définis par l'Autorité de la concurrence sont généralement retrouvés dans les lois de *compliance* afin d'atteindre le but défini par le législateur.

Si le document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence prévoyait la possibilité pour l'Autorité de tenir compte de propositions d'engagements de mise en place de programmes de conformité aux règles de concurrence présentées par les entreprises dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs[918], en accordant une réduction de sanction pécuniaire si ces engagements étaient pertinents, crédibles et vérifiables, l'Autorité fait marche arrière dans son communiqué du 19 octobre 2017. Elle estime désormais qu'eu égard à la vocation des programmes de conformité à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, les engagements portant sur la mise en œuvre de tels

[914] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 36.
[915] Autorité de la concurrence, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.
[916] *Ibidem*, §16.
[917] *Ibid*, §22.
[918] Article L. 464-2, III du Code de commerce.

programmes ne justifient plus une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence. Elle entend toutefois continuer à encourager les acteurs économiques à la mise en place de tels programmes[919].

Cette technique a conduit certains auteurs à assimiler le droit de la concurrence au droit de la *compliance* voire même à l'intégrer au Code de la *compliance*. Il semble pourtant que la pratique des programmes de conformité ne suffise pas à l'intégrer au sein d'un droit de la *compliance*. D'abord, parce que si l'Autorité de la concurrence encourage les entreprises à mettre en œuvre un programme de conformité, leur mise en œuvre reste toutefois volontaire[920]. L'Autorité de concurrence précise ainsi dans son document-cadre de 2012 qu'il s'agit d'une « stratégie de gouvernance volontariste »[921] de l'entreprise qui n'est donc pas contrainte d'agir *ex ante*. Cette logique *ex post* dans laquelle reste inscrit le droit de la concurrence est renforcée par la marche arrière de l'Autorité de la concurrence qui ne prend plus en compte la mise en œuvre d'un tel programme dans le cadre de la procédure d'atténuation des griefs. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche relève toutefois la volonté d'ancrer le droit de la concurrence dans l'*ex ante* de la Cour de justice qui rappelle dans de nombreux arrêts que la position dominante engendre une responsabilité particulière assortie d'obligations spécifiques *ex ante*[922]. Ensuite, admettre la pratique des programmes de conformité du droit de la concurrence dans le droit de la compliance reviendrait à réduire ce dernier à une simple méthode d'efficacité des réglementations : « *un moyen d'accroître l'effectivité du Droit de la concurrence, une sorte de voies d'exécution déplacées en Ex Ante, qui n'aurait donc pas d'autonomie substantielle par rapport aux règles de concurrence, celles-ci étant rendues simplement plus efficaces grâce aux outils de compliance, que sont notamment les programmes de conformité* »[923]. C'est une conception processuelle de la *compliance* qui ne répond pas aux critères substantiels d'un droit de la *compliance*. Le même raisonnement peut être effectué en ce qui concerne le rapport de durabilité.

2. L'obligation de transparence, l'exemple du rapport de durabilité

142. L'évolution législative du *reporting* extrafinancier. La volonté du législateur de responsabiliser les entreprises sur les enjeux sociaux et environnementaux se reflète à travers l'évolution législative relative au *reporting* extrafinancier. La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a d'abord invité l'ensemble des sociétés cotées à publier dans leur rapport annuel de gestion des informations portant sur 19 rubriques sociales et

---

[919] Autorité de la concurrence, Document-cadre du 11 octobre 2021 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

[920] AC, Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

[921] *Ibidem*, p. 3.

[922] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'appui du Droit de la Compliance pour la maitrise quotidienne du Droit de la Concurrence », 20 octobre 2021, disponible en ligne.

[923] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance dans le projet européen », juillet 2023, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-deploiement-du-droit-de-la-regulation-par-le-dr/.

environnementales. À la faveur de l'élan créé par la démarche du « Grenelle de l'environnement », l'obligation de transparence a été étendue par la loi « Grenelle II »[924] du 12 juillet 2010, qui s'est appliquée aux sociétés de plus de cinq cents salariés et cent millions d'euros de chiffre d'affaires. L'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017, transposant la directive n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014, marque une nouvelle étape en introduisant l'obligation, pour les sociétés dépassant une certaine taille, de publier une déclaration de performance extrafinancière. Celle-ci présente le modèle d'affaires de l'entreprise, les principaux risques sur de grandes thématiques non financières, les politiques mises en œuvre pour y répondre, les résultats obtenus mesurés par des indicateurs clés de performance, ainsi que des informations sur la prise en compte des conséquences environnementales, sociales et sociétales des activités de l'entreprise. Là où les anciennes dispositions réglementaires, dites « Grenelle II », mettaient l'accent sur l'exhaustivité de l'information, la déclaration de performance extrafinancière est fondée sur les notions de « matérialité » et de « pertinence des informations » pour les parties prenantes et les sociétés elles-mêmes[925]. Cette nouvelle démarche implique pour la société de dépasser la seule logique de conformité réglementaire pour y associer une démarche plus stratégique afin d'assurer une cohérence d'ensemble de la déclaration entre le modèle d'affaires, les risques identifiés, les politiques appliquées et les indicateurs clés de performance[926]. La directive 2022/2464, dite *Corporate Sustainability Reporting Directive*, qui s'applique progressivement depuis le 1er janvier 2024, élargie le champ d'application de ces obligations de *reporting*, désormais publiée dans un « rapport de durabilité » faisant l'objet d'une section distincte du rapport de gestion, à toutes les sociétés cotées sur les marchés réglementés européens[927].

143. La matérialité des informations publiées. Les informations publiées dans le rapport de durabilité doivent être soigneusement sélectionnées par l'émetteur selon le principe de « double matérialité ». Le terme de matérialité est utilisé en référence au concept d'information significative ou d'importance relative tel qu'expliqué par les lignes directrices de la Commission européenne sur l'information non financière. Elle définissait déjà en 2013 une information significative comme « le statut d'une information dont on peut raisonnablement penser que l'omission ou l'inexactitude risque d'influencer les décisions que prennent les utilisateurs sur la base des états financiers de l'entreprise. L'importance significative de chaque élément est évaluée dans le contexte d'autres éléments similaires »[928]. La directive extrafinancière ajoute un élément quant au caractère significatif de l'information : « dans la

[924] LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

[925] *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, AMF, novembre 2019, p. 4.

[926] *Ibidem.*

[927] Directive (UE) 2022/2464 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises ; art. L. 232-6-3, 1 du Code de commerce.

[928] v. article 2, paragraphe 16 de la directive comptable 2013/34/UE du 26 juin 2013.

mesure nécessaire à la compréhension des incidences de [l'] activité [de l'entreprise] »[929]. Ainsi, l'impact de l'activité de la société est un élément important à prendre en compte pour sa « significativité ».

La Commission européenne a publié en juin 2019 un supplément de trente pages dédiées au *reporting* climatique qui vient compléter le document existant des lignes directrices. Une des nouveautés introduites par cette annexe réside dans le fait qu'elle vient préciser une deuxième acceptation de la notion de matérialité[930]. Cette dernière doit ainsi être envisagée sous un double aspect : une matérialité financière, c'est-à-dire tout facteur devant être pris en compte pour comprendre le développement ou la performance d'une entreprise, immédiat ou à long terme, et/ou une matérialité environnementale et sociale, c'est-à-dire tout facteur devant être pris en compte pour comprendre les impacts externes d'une entreprise. L'annexe insiste sur l'idée selon laquelle la matérialité devrait être appréciée au regard non seulement des risques, mais également des opportunités.

Cette idée d'une « double matérialité » est adopté par la *Corporate sustainability reporting directive* qui impose la publication d'informations évaluées comme matériellement importante par l'entreprise prenant en compte l'importance du point de vue de l'incidence positive ou négative de l'entreprise sur la population ou l'environnement et l'importance du point de vue financier.

Afin de comprendre la pertinence des informations choisies par l'entreprise lors de l'élaboration du rapport de durabilité, les parties doivent avoir connaissance du modèle d'affaire de l'entreprise.

144. Le modèle commercial de l'entreprise. Le rapport de durabilité doit présenter le modèle commercial de la société. Si le texte ne précise pas à quoi renvoie cette notion, les lignes directrices de la Commission européenne relatives à l'information non financière précisent son utilité : il a vocation à décrire la manière dont l'entreprise crée de la valeur et la préserve à long terme grâce à ses produits ou services[931]. La Commission ajoute que « dans des termes plus simples, il décrit ce que fait la société, comment et pourquoi »[932]. Il est alors pertinent pour l'entreprise de présenter son environnement d'affaires, son organisation et sa structure, les marchés sur lesquels elle opère, ses objectifs et stratégies de création de valeurs[933].

---

[929] v. article 1er, paragraphe 1 de la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014.
[930] *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, préc., p. 25.
[931] *Ibidem*, p. 55.
[932] v. §4.1, a) des lignes directrices de la Commission européenne sur l'information non-financière, juin 2017.
[933] V. MERCIER, art. cit.

L'introduction du modèle d'affaire dans le rapport de durabilité a pour intérêt sa mise en perspective avec les risques que la société a identifiés, les politiques qu'elle met en place et les indicateurs de performance qu'elle utilise pour suivre ces politiques[934].

145. Les risques pour l'entreprise. Le rapport de durabilité comporte des informations permettant de « comprendre les incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité ainsi que les informations qui permettent de comprendre la manière dont les questions de durabilité influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'entreprise »[935]. Cela implique notamment pour l'entreprise de décrire les principaux risques pour l'entreprise liés aux questions de durabilité et une description de la manière dont l'entreprise gère ces risques, mais également les risques qu'elle fait elle-même peser sur son environnement.

146. Les politiques et procédures de diligence. Le rapport de durabilité doit également comporter une description des principales incidences négatives, réelles ou potentielles, liées aux activités de l'entreprise et sa chaine de valeur ainsi que des mesures prises pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer ces incidences et la procédure de diligence raisonnable mise en œuvre par l'entreprise concernant ces questions de durabilité[936].

La notion de diligence raisonnable est d'inspiration anglo-saxonne. La mise à jour des Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales de 2011 précise qu' « on entend par diligence raisonnable le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question ». La notion renvoie ainsi aux outils et procédures élaborés pour gérer et atténuer un risque, d'une part, et aux contrôles mis en place pour s'assurer de la maîtrise du risque, d'autre part[937].

147. La régulation en matière de durabilité. La *Corporate Sustainability Reporting Directive* prévoit qu'une autorité indépendante sera chargée de la régulation en matière de durabilité. Les informations de durabilité feront, en effet, l'objet d'un contrôle indépendant par un contrôleur légal des comptes qui pourra être un commissaire aux comptes, un expert-comptable ou une entreprise de certification. Ces auditeurs auront pour mission de donner un avis sur la conformité des informations transmises en matière de durabilité et notamment de vérifier l'absence « d'inexactitude significative »[938].

---

[934] *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, préc., p. 81.
[935] Directive (UE) 2022/2464, dite « CSRD » (Corporate Sustainability Reporting Directive), art. 19 bis, g).
[936] Ibidem, art. 19 bis, f), i, ii, iii.
[937] *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, préc., p. 81.
[938] B. FRANÇOIS, « Directive CSRD : les normes ESRS se précisent », *Rev. soc*., 2023, p. 634.

148. La nature de l'obligation de *reporting* extrafinancier. La publication d'un rapport de durabilité annuelle au sein du rapport de gestion implique une transparence de la société sur les questions sociales et environnementales. Cette transparence constituerait un instrument de moralisation de la vie des affaires en incitant les entreprises à mettre en œuvre des actions pour présenter le meilleur rapport possible[939]. Le rapport de durabilité a donc un lien de parenté avec la *compliance* par les outils mis en œuvre. L'entreprise doit en effet nécessairement mettre en place un mécanisme d'identification des risques sociaux et environnementaux pour établir son rapport [940], mais elle n'a aucune obligation de mettre en œuvre les politiques pour éviter ces risques. L'obligation ne constitue donc qu'une obligation d'information : ce n'est qu'une « *obligation de dire* » et non pas « *de faire* »[941]. Cette obligation par ailleurs est dépourvue de sanction et dépend en réalité du bon vouloir des entreprises[942]. Il ne s'agit que d'une incitation « à faire », quand la *compliance* impose un objectif concret à atteindre et les outils pour y parvenir. Tel est également le cas des normes visant la responsabilisation des opérateurs économiques.

B. Les normes visant la responsabilisation des opérateurs économiques

149. Les normes visant la responsabilité des opérateurs économiques. Certaines normes visent des objectifs qui s'apparentent à ceux de la *compliance*, conduisant certains auteurs à assimiler ces normes à de la *compliance* alors qu'elles n'en partagent pas toutes les caractéristiques. Il s'agit notamment de l'obligation née de l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil **(1)** et de la possibilité ouverte à l'entreprise d'adopter une « raison d'être » **(2)**.

1. L'obligation de diligence raisonnable dans la gestion des enjeux sociaux et environnementaux de la société

150. L'obligation générale de l'article 1833 du Code civil. L'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil précise que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Les débats à l'Assemblée nationale ont porté sur la question de savoir si le respect de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux devait être dissocié par la conjonction de coordination « et » ou associé en substituant à la conjonction de coordination une virgule[943]. La première option indiquait une distinction entre la notion d'intérêt social et les enjeux sociaux et

---

[939] P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, p. 126.

[940] Article R. 225-105, III du Code de commerce.

[941] V. MERCIER, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, Pedone, 2016.

[942] I. DESBARATS, « La RSE " à la française " : où en est-on ? », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 9.

[943] I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 69.

environnementaux, créant une obligation de *compliance*[944] par laquelle l'État édicte un but à atteindre pour l'entreprise. La version finale, en substituant à la conjonction de coordination une virgule, incorpore la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux à l'intérêt social[945]. L'exposé des motifs précise que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux dans l'intérêt de la société à l'occasion de ses décisions de gestion[946]. Il s'agit d'une « obligation générale pesant sur la gestion au jour le jour de la société »[947]. La prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux s'inscrit donc dans la gestion de la société conformément à son intérêt social avec pour conséquence l'obligation pour le dirigeant de prendre en compte ces nouveaux enjeux lorsqu'il agit dans l'intérêt social[948]. La poursuite de l'intérêt social ne suppose donc plus uniquement de satisfaire aux besoins économiques de la société, mais également à des exigences sociales et environnementales liées à son activité[949].

151. Une obligation de prévoyance limitée. Par la mention des enjeux sociaux et environnementaux, le législateur entend préciser que tout dirigeant doit s'interroger sur les conséquences sociales et environnementales de ses décisions de gestion. Cette obligation a toutefois une portée limitée. Si le projet de loi initiale précisait que la gestion de la société devait être faite « en considérant » les enjeux sociaux et environnementaux, révélant une obligation de moyen[950], le Conseil d'État remplace les mots « en considérant » par l'expression « en prenant en considération » ce qui traduit « une préoccupation générale dont on a conscience et non un but précis que l'on se donne ou que l'on doit atteindre »[951]. Le texte n'exige donc pas que le dirigeant agisse dans l'intérêt de ces enjeux, c'est-à-dire qu'ils adoptent un comportement positif. Il n'exige pas non plus qu'il agisse dans le respect de ces enjeux, ce qui aurait constitué une obligation d'abstention qui aurait pu être extrêmement contraignante si le texte était lu comme une obligation de résultat[952]. La formulation de l'article 1833 du Code civil ne pose donc qu'un principe de gestion diligente et raisonnable n'ouvrant la voie à aucune autre sanction que celle relevant des mécanismes de droit commun de la responsabilité contractuelle ou délictuelle[953]. Cette obligation de réflexion implique, en revanche, que la société soit en mesure de justifier de cette réflexion par un processus de décision documenté et

---

[944] *Ibidem*.

[945] *Ibid*.

[946] Dossier législatif de l'Assemblée nationale n° 1088 relatif à la loi PACTE, exposé des motifs, p. 58.

[947] Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, NOR : ECOT1810669L, Séance du jeudi 14 juin 2018, pt. 100.

[948] I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », art. cit.

[949] E. LE MOULEC, « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil par la loi PACTE sur l'abus de biens sociaux », RTD Com. 2020, p. 1.

[950] *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, N. NOTAT et J.-D SENARD, rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, du travail, 9 mars 2018 ; Dossier législatif de l'Assemblée nationale n°1088 relatif à la loi PACTE, exposé des motifs, p. 46.

[951] Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, NOR : ECOT1810669L, Séance du jeudi 14 juin 2018, pt. 102.

[952] I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », art. cit.

[953] Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, NOR : ECOT1810669L, Séance du jeudi 14 juin 2018, pt. 103.

motivé[954]. L'obligation de prévoyance devient au cœur de la gestion d'entreprise et requiert que le gérant intègre dans son plan d'action les conséquences prévisibles de ses décisions[955]. Dans cette perspective, la société devra élaborer une cartographie des risques sociaux et environnementaux et déterminer sur cette base une politique de gestion en justifiant le cas échéant lorsque les dirigeants s'en écartent[956].

L'obligation de l'article 1833 du Code civil n'impose aucun objectif clair d'intérêt général à la société et repose, en réalité, sur la bonne volonté de l'entreprise. Il ne comporte pas non plus d'obligation de résultat structurelle propre au droit de la *compliance.*

2. L'incitation à adopter une raison d'être

152. La construction d'un projet d'entreprise par la raison d'être. Jean-Dominique Senard, président du groupe Michelin, et Nicole Notat, ancienne secrétaire générale de la CFDT et présidente de Vigeo-Eiris, ont remis le 9 mars 2018 un rapport faisant part des résultats de la mission « Entreprise et intérêt général », lancée le 5 janvier 2017, à Bruno Le Maire, ministre de l'Économie et des Finances, Nicolas Hulot, ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire, Muriel Pénicaud, ministre du Travail et Nicole Belloubet, Garde des Sceaux, ministre de la Justice. Ce rapport part du constat d'une financiarisation[957] des entreprises françaises conduisant à une augmentation du profit, mais une diminution de l'investissement. Il préconise en conséquence d'imposer aux sociétés dotées d'un conseil d'administration, l'obligation de définir et de poursuivre une « raison d'être de l'entreprise » ne devant pas se limiter à la réalisation du seul profit. Était ainsi proposé une modification de l'article 1835 du Code civil destiné à contraindre les organes de toute société commerciale à se prononcer sur « la raison d'être » de l'entreprise, mais qui ne devait figurer obligatoirement sur les statuts que si l'entreprise souhaitait devenir « entreprise à mission ».

D'obligatoire, la « raison d'être » est devenue facultative dans le projet de loi n° 1088 du 19 juin 2018 toute en devenant davantage contraignante puisque l'entreprise doit garantir la réalisation de celle-ci grâce à des « moyens » dont par ailleurs ni la nature ni la portée ne sont déterminées.

---

[954] P. BERLIOZ, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz,Grand Angle, 2019, p. 227.

[955] S. VERNAC, « Du bon gouvernement de l'entreprise en société », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 85.

[956] P. BERLIOZ, art. cit.

[957] La « financiarisation » de l'entreprise, développée depuis les années 1970, peut être décrite comme le fait que (i) les entreprises doivent maximiser la valeur présente des actions ; (ii) la gouvernance des entreprises est tournée vers cet objectif ; (iii) la rémunération des cadres est fonction de cet objectif : *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, préc., p. 18.

153. Les sanctions de la méconnaissance de la raison d'être. La méconnaissance de la raison d'être, inscrite dans les statuts de la société, suppose une violation de ces statuts ce qui peut avoir plusieurs conséquences. D'abord, les décisions prises par la société pourraient se voir être annulées en cas de violation de la raison d'être[958]. Ensuite, une violation des statuts de la société peut également justifier la révocation du dirigeant[959]. Pourra aussi être engagée la responsabilité du dirigeant sur le fondement des articles 1850 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce qui précisent que les dirigeants répondent des fautes de gestion et de la violation des statuts fondant la réparation du préjudice social demandée par un associé dans le cadre de l'action *ut singuli* visée par l'article 1843-5 du Code civil. Cette action a cependant peu de succès puisque les frais sont supportés par l'associé qui n'en retire pas de bénéfice direct, les dommages et intérêts étant versés à la société. La Cour de cassation a par ailleurs admis que les tiers peuvent se prévaloir des limitations statutaires leur permettant d'invoquer la violation statutaire pour demander l'annulation de l'acte litigieux, voire engager la responsabilité du dirigeant sous réserve d'établir le caractère détachable de sa faute[960]. À noter qu'une société peut empêcher les tiers d'invoquer ses propres statuts contre elle en stipulant une clause statutaire indiquant que la violation des statuts ne peut être invoquée par les tiers[961]. Cette protection statutaire du dirigeant est une chance en moins de voir engager la responsabilité du dirigeant pour violation de la raison d'être de l'entreprise. Le caractère accessoire de la raison d'être à l'objet social ajoute une difficulté pour engager la responsabilité des dirigeants. La caractérisation de la faute ne peut résulter que d'une mise en balance des obligations de l'intérêt social et de la raison d'être. Les tribunaux saisis d'une action en responsabilité contre les dirigeants devront ainsi rechercher si la faute reprochée ne procédait pas en réalité d'une bonne appréciation par le dirigeant de l'intérêt social et si la présentation de la raison d'être des plaignants n'est pas contraire à l'intérêt social au moment de la décision litigieuse[962]. Enfin, la raison d'être de l'entreprise étant définie par l'exposé des motifs comme « *l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social* », la question se pose de savoir s'il ne faut pas considérer qu'une atteinte à celle-ci est nécessairement contraire à l'intérêt social[963]. Partant, la constatation de ce qu'un tel acte a été commis intentionnellement devrait pouvoir fonder une condamnation pour abus de biens sociaux[964]. S'il apparaît en effet, que la société, par le biais de son dirigeant social, a trahi les engagements environnementaux et sociaux qu'elle avait pourtant proclamés dans ses statuts, sa perte de crédit auprès du public pourrait l'exposer à un risque pénal et réputationnel qui pourrait être qualifié par la chambre

---

[958] OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, « Loi PACTE & Raison d'être, et si on passait à la pratique ? », p. 23.

[959] I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le code civil, Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », art. cit.

[960] Cass. Civ. 3, 14 juin 2018, n° 16-28.672 ; Soc., 15 fevrier 2012, n° 10-27.685 ; Cass. com., 14 fevrier 2018, n° 16-21.077.

[961] Cass. com., 13 novembre 2013, n° 12-25.675 ; *RTD com*. 2013, n° 4, p. 765-767, note P. LE CANNU.

[962] I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz,Grand Angle, 2019, p. 192.

[963] E. LE MOULEC, art. cit.

[964] *Ibidem*.

criminelle de la Cour de cassation comme contraire à l'intérêt social[965]. Au terme d'une série d'arrêts, la Cour a en effet considéré que « l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation »[966].

La « raison d'être » est donc facultative, l'entreprise est libre d'inscrire une raison d'être dans ses statuts. Les objectifs d'intérêt général poursuivis par la raison d'être sont par ailleurs librement choisis par l'entreprise et s'inscrivent « *dans la réalisation de son activité* »[967]. La logique est donc loin de celle de la *compliance* qui impose des objectifs d'intérêts généraux déterminés par le législateur « *qui dépassent les exigences de l'ordre public sociétaire : les objectifs relèvent alors d'une dimension politique et morale, non pas de la recherche d'une organisation sociétaire optimale* »[968]. Si, par ailleurs, l'inscription dans les statuts rend en principe les engagements environnementaux et sociaux, déterminés par l'entreprise, obligatoires, le rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale reconnaît que la question des obligations qui résultent de l'introduction de la raison d'être est incertaine[969]. Elle privilégie, en effet, l'introduction de nouvelles possibilités de révocation du dirigeant par les associés plutôt que d'actions en responsabilité de la part des tiers. La Commission exprime ainsi la crainte que cette réforme soit le point de départ de nouvelles insécurités juridiques et de nouveaux contentieux.

L'entreprise qui entend inscrire dans son statut social une raison d'être peut aller plus loin en se constituant « société à mission ». Le statut de « société à mission » engage l'entreprise dans une mission d'intérêt général choisie. L'entreprise reste alors maître de l'intérêt général qu'elle souhaite défendre, contrairement aux lois de *compliance* qui imposent un objectif défini par l'État.

154. Conclusion §2. La complexification du droit par la confusion de la notion de *compliance*. L'utilisation des techniques de *compliance* dans des lois qui n'en sont pas, introduit une confusion conduisant certains auteurs à assimiler à la *compliance* des dispositifs

---

[965] *Ibid*.

[966] Cass. crim. 27 octobre 1997, n° 96-83.698, Bull. crim. n° 352 ; *D.* 1997. 251 ; *Rev. sociétés* 1997. 869, note B. BOULOC ; *RSC* 1998. 336, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD com*. 1998. 428, obs. B. BOULOC ; *JCP* 1998. II. 10017, note M. PRALUS ; *LPA* 1997, n° 34, 13, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; v. également Cass. crim. 22 octobre 2008, n° 07-88.111 ; *D.* 2009. 519, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; *Rev. sociétés* 2009. 405, note B. BOULOC ; *BJS* 2009. 178, note D. PORACCHIA ; Cass. crim. 10 septembre 2014, n° 13-87.858 ; Cass. crim. 16 décembre 2015, *Dr. sociétés* 2016. Comm. 39, obs. R. SALOMON ; Cass. crim. 6 avril 2016, *Dr. pénal* 2016. Comm. 99, obs. J.-H. ROBERT.

[967] A.-V. LE FUR, « Intérêt et raison d'être de l'entreprise : quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance ? », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 55-68.

[968] *Ibidem*.

[969] v. Le rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale, T. II, p. 77 ; I. URBAIN-PARLEANI, art. cit.

purement incitatifs quand la *compliance* est obligatoire aussi bien dans ses buts que dans ses moyens. La confusion qui règne ainsi autour de la notion de *compliance* et qui conduit les auteurs à assimiler tout élément répondant de près ou de loin au critère de la *compliance* conduit à une complexification de la notion qui souffre déjà d'un « *déficit d'intelligibilité* »[970]. Cette impression de désordre nécessite de construire un droit de la *compliance* « *afin de la soustraire à l'arbitraire, d'en classer les règles et limiter les usages* »[971].

[970] A. DE LA COTARDIERE et H. DELERIVE, art. cit.
[971] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », art. cit.

SECTION 2 : LA CONSTRUCTION ORDONNEE D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

155. La classification du droit. L'esprit humain aime classer les choses, les personnes, les notions dans des catégories différentes[972]. Il établit ainsi, à partir de rapprochements et de distinctions des cadres logiques, des classes ou des concepts dont relèvent nos « *données de conscience* »[973]. Cette projection de la pensée qui rapproche ce qui se ressemble selon des traits communs inventés a été étudiée par Kant pour qui la pensée est classificatoire[974]. Les règles de droit n'échappent pas à ce besoin[975].

Le droit se réalise, en effet, à travers des cadres dans lesquelles prennent place les éléments de la vie juridique, selon leur nature et leur ressemblance ou leur dissemblance, car ils sont en si grand nombre qu'il est indispensable de les ordonner en les coupant à partir de leurs affinités communes[976]. Les classifications juridiques servent alors à la connaissance, la compréhension, l'explication et l'application du droit à la réalité que l'on s'efforce ainsi de saisir et de traduire le plus exactement possible[977]. Elles contribuent ainsi à l'organisation et à l'intelligibilité du droit[978].

Ce travail classificatoire est celui de la doctrine qui doit procéder à un exposé systématique du droit afin de réunir des éléments épars de l'ordre juridique en ensemble cohérent et harmonieux[979]. Il lui appartient ainsi « *d'élucider ce qui marque l'appartenance d'une norme à un ordre juridique, d'identifier les relations logiques entre normes d'un même système, de dégager de ces catégories des systèmes de droits modernes* »[980]. Elle organise pour ce faire une répartition des normes en disciplines juridiques **(§1)** ou en branches **(§2)**.

§1. L'ORDONNANCEMENT PAR LA CONSTITUTION D'UNE DISCIPLINE JURIDIQUE

156. L'ordonnancement par la constitution d'une discipline juridique. La multiplication des normes de *compliance* nécessite un ordonnancement qui peut être organisé

---

[972] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, dans le monde du droit et des règles en général,* Armand Collin, Le temps des idées, 2012, p. 56 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?,* Odile Jacob, 1997, p. 152.

[973] P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 56 ; D. DE BECHILLON, *op. cit*., p. 152.

[974] X. BOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *in* M. NICOD (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitol, 2015, p. 11.

[975] P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 56 ; D. DE BECHILLON, *op. cit*., p. 152.

[976] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2e éd, 2016, p. 111 ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 12e édition, 2020, p. 43.

[977] J.-L. BERGEL, *op. cit*., p. 111.

[978] *Ibidem*, p. 236.

[979] *Ibid,* p. 15.

[980] A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Revue critique de jurisprudence*, 2010, p. 181.

par la constitution en une nouvelle discipline **(A)** dont la *compliance* semble rassembler les critères distinctifs **(B)**.

A. La constitution d'une nouvelle discipline

157. La constitution d'une nouvelle discipline. La discipline juridique se définit par sa fonction, celle d'un découpage organisé du droit **(1)** et se révèle par une reconnaissance institutionnelle de la doctrine **(2)**.

1. La définition de la discipline juridique par sa fonction

158. L'organisation du droit en disciplines. Une discipline juridique peut se définir comme « *l'activité ou l'ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur* »[981]. Il s'agit donc d'un espace intellectuel organisé, qui sert à ordonner la multiplicité des connaissances produites et transmises par les juristes[982]. Ce processus est le fruit du travail de la doctrine, ainsi que l'écrivit le Professeur Jacques Chevalier, « *le point de vue doctrinal conduit l'analyste à être partie prenante au processus de production du droit : par un travail d'interprétation, qui vise à démêler l'écheveau des significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains liens conducteurs, à dénouer les contradictions éventuelles qu'ils recèlent ; par un effort de systématisation, qui permet d'établir les chaînons manquants entre les productions juridiques singulières, en dégageant des principes communs ; par la production enfin de nouvelles représentations, qui ont force agissante en contribuant à faire évoluer le droit positif* »[983]. La division du droit en disciplines juridiques s'efforce donc de donner une représentation simplifiée, ordonnée et cohérente de « *l'océan des règles de droit* »[984]. Il s'agit, en effet, d'un découpage de l'objet juridique visant à ordonner la matière juridique pour les besoins fonctionnels du droit, nécessaire en raison de l'accroissement de la masse des normes juridiques[985]. Cette fonction de la discipline ne fait pourtant pas l'unanimité de la doctrine.

159. Critique de la notion de discipline. Selon certains auteurs, le découpage du droit en disciplines « *n'est pas inscrit dans un ordre naturel des choses qui s'imposerait à la*

---

[981] *Ibidem*.

[982] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, « Éloge de la discipline. Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 3 -33.

[983] J. CHEVALIER, « Doctrine ou science ? », *AJDA* 2001, p. 603.

[984] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit.

[985] J. CHEVALIER, « Ce qui fait discipline en droit », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 47-59 ; S. PIMONT, « Des disciplines à la discipline juridique », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 219-223.

connaissance » [986]. Le Professeur Jacques Chevalier en tire deux conclusions : d'abord, le découpage du droit en discipline est un facteur de désordre du droit envisagé en tant que discipline unitaire ; ensuite, l'autonomisation des disciplines juridiques est relative et les critères qui permettraient de les qualifier de disciplines sont affectés d'un fort degré d'incertitude et d'indétermination[987]. Certains auteurs vont jusqu'à nier l'existence des disciplines juridiques considérant « *qu'elles sont des mythes qui n'existent que parce qu'on n'y croit* »[988].

Les disciplines juridiques sont, en effet, le fruit d'une construction intellectuelle des juristes pour les besoins du fonctionnement de la discipline[989]. Ainsi, lorsque les juristes prennent conscience de l'existence d'un droit spécial, ils éprouvent le besoin de le nommer et de le distinguer des autres règles juridiques afin de l'enseigner, émerge une nouvelle matière juridique[990]. Elle ne devient discipline que lorsqu'il existe une certaine reconnaissance institutionnelle de cet enseignement[991].

2. La reconnaissance institutionnelle d'une discipline

160. Les conditions de la reconnaissance institutionnelle d'une discipline juridique. Dans la vie des facultés de droit française, la question disciplinaire surgit lorsqu'un groupe de juristes souhaite la reconnaissance d'un objet, qui peut être un corpus juridique et/ou une méthode, et revendique pour cet objet le statut disciplinaire[992]. La revendication disciplinaire suppose de démontrer, par un travail d'argumentation élaboré, qu'un corpus juridique peut être détaché des autres corpus en raison de sa singularité[993]. Les porteurs d'une nouvelle discipline doivent ainsi démontrer les marqueurs qui témoignent de son existence. Cela suppose, d'abord, un processus de délimitation dans le champ du savoir par la définition d'un objet d'analyse spécifique, qui la différencie d'autres disciplines et l'établissement de frontières, qui assure sa visibilité et garantissent son autonomie[994]. L'existence d'une discipline présuppose, ensuite, l'existence d'un ensemble de mécanismes destinés à consolider en permanence ses assises, à renforcer sa cohésion et assurer sa reproduction : association savante, chargée de promouvoir le défi disciplinaire, défendre les intérêts de ses membres et forger une culture commune ; publication permettant de capitaliser les acquis des recherches, favoriser leur enrichissement et

---

[986] V. CHAMPEIL-DESPLAT, « les disciplines juridiques : déconstruire et reconstruire des mythes ? », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 213-217.

[987] J. CHEVALIER, art. cit.

[988] V. CHAMPEIL-DESPLAT, art. cit.

[989] J. CHEVALIER, art. cit.

[990] J.-P. CHAZAL, « Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridique », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 187-209.

[991] *Ibidem*.

[992] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit.

[993] *Ibidem*.

[994] J. CHEVALIER, art. cit.

entretenir leur visibilité ; mise en place d'enseignement et de filière universitaire spécialisés, assurant la didactique de la discipline, la normalisation de son contenu, son enracinement social[995]. Le manuel est notamment un marqueur fort pour les juristes, de même que des formes institutionnelles d'organisation de la recherche comme la création de centres de recherche, les associations ou colloques ou l'enseignement de la matière. Ces marqueurs structurent la pensée des juristes, l'ordonnent et lui permettent d'exister. La discipline juridique suppose ainsi une structuration du savoir par un corps de doctrine qui publie et enseigne[996]. La démonstration de l'existence d'un droit de l'énergie s'est ainsi basée sur l'existence d'un code de l'énergie, de l'existence de revues juridiques consacrées au droit de l'énergie, et notamment « Dalloz action Droit de l'énergie », de la création d'Association française de droit de l'énergie. Ce faisceau d'indices constitue autant d'éléments qui accompagnent la progression exponentielle de la réglementation encadrant l'énergie pour témoigner de la construction d'une nouvelle discipline[997].

161. La critique de la reconnaissance institutionnelle d'une discipline juridique. Les auteurs dénoncent toutefois l'instrumentalisation de la notion de « disciplines juridiques » qui s'inscrit dans des enjeux de position institutionnelle, et à l'occasion d'ambition et de reconnaissance personnelle[998]. Au sein de toute communauté scientifique se déploient, en effet, des stratégies concurrentielles. Les chercheurs s'efforcent ainsi d'asseoir leur position, de conforter leur autorité scientifique, en se démarquant les uns des autres notamment par la découverte de nouvelles disciplines juridiques[999]. La reconnaissance d'une nouvelle discipline juridique étant un processus de légitimation du savoir et des individus qui les portent, elle constitue un moyen pour accéder à une positivité scientifique et pour asseoir l'autorité du discours sur une base plus prestigieuse[1000]. C'est ainsi que l'affirmation de la naissance d'un droit de la *compliance* a pu être critiquée par certains auteurs. C'est pourtant au Professeur Marie-Anne Frison-Roche, une des premières à avoir invoqué la construction d'un droit de la *compliance*, que le tribunal judiciaire de Paris a fait appel pour « *venir l'éclairer* » sur la notion de devoir de vigilance dans le litige qui oppose TotalEnergie aux Amis de la terre[1001]. C'est également à ce même Professeur que le secrétaire d'État chargé du Numérique a demandé la production d'un rapport analysant « *l'apport potentiel de l'approche dite de " compliance ", aujourd'hui mise en œuvre dans le secteur financier, en matière de gouvernance et de*

[995] *Ibidem*.
[996] V. CHAMPEIL-DESPLAT, art. cit.
[997] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit.
[998] *Ibidem* ; V. CHAMPEIL-DESPLAT, art. cit. ; J. CHEVALIER, art. cit.
[999] J. CHEVALIER, art. cit.
[1000] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit. ; V. CHAMPEIL-DESPLAT, art. cit.
[1001] O. DUFOUR, « Total en Ouganda : le tribunal de Paris fait appel à des amici curiae sur le devoir de vigilance », 27 octobre 2022, disponible en ligne : https://www-actu--juridique-fr.cdn.ampproject.org/c/s/www.actu-juridique.fr/justice/total-en-ouganda-le-tribunal-de-paris-fait-appel-a-des-amici-curiae-sur-le-devoir-de-vigilance/amp/.

régulation d'internet »[1002] démontrant l'importance du développement des travaux doctrinaux en la matière.

B. L'identification d'une nouvelle discipline : le droit de la *compliance*

162. L'identification d'une nouvelle discipline. Le développement de travaux doctrinaux spécifique à la *compliance* tend à structurer la masse croissante de normes de compliance en une nouvelle discipline **(1)** afin d'assurer la lisibilité et l'accessibilité de la matière **(2)**.

1. Critère de l'identification de la compliance comme discipline juridique

163. L'identification d'une reconnaissance institutionnelle d'un droit de la *compliance*. La doctrine s'est massivement saisie de la question de la *compliance*. En témoignent les nombreux colloques organisés depuis quelques années sur la compliance notamment par le *Journal of Regulation and Compliance*. En témoignent également les nombreux ouvrages sur la *compliance* tel que « Les outils de la compliance »[1003], « Compliance : entreprise, régulateur et juge »[1004] ou encore « La compliance : un monde nouveau »[1005]. Chacun d'entre eux s'efforçant de définir la *compliance*, d'en tracer les limites, d'en donner les caractéristiques, les particularités et les principes. En témoignent encore, les revues spécialisées, il en est ainsi de « La revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires » dirigée par Madame Roxana Family et Me Thomas Baudesson, présentée comme « *la première revue à dimension internationale dédiée à la compliance et à l'éthique des affaires* ». Il en est ainsi également du magazine « Compliances » qui se présente comme « *le média indépendant dédié aux enjeux tech et business de l'éthique des affaires et de la conformité* ». Il faut relever également la création de filières universitaires spécialisée comme le parcours « Juriste conformité – Compliance Officer » du master Droit des affaires de l'Université de Strasbourg ou le Diplôme d'université « Compliance et Éthique des affaires » de l'Université Paris 1 panthéon Sorbonne. Ces nouvelles offres de formation traduisent le besoin croissant des entreprises de professionnels maîtrisant tous les aspects de la *compliance*. L'organisation des professionnels de la *compliance* participe également à la promotion de la *compliance* en tant que discipline. L'association de professionnels de la *compliance* « Le Cercle de la compliance » a ainsi pour ambition de « *fédérer une communauté française de la Compliance dans toute sa diversité et de contribuer au développement d'une pratique de place autour des grands enjeux français et internationaux de la Compliance* »[1006]. Il s'agit de

---

[1002] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc.

[1003] M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021.

[1004] N. BORGA, J.-C. MARIN et J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018.

[1005] A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Université Panthéon-Assas, Colloques, 2016.

[1006] https://www.lecercledelacompliance.com.

rassembler des professionnels de la *compliance* autour d'événements, conférences et formations animés par des experts et spécialistes français et étrangers.

Une codification formelle a fini par être proposée, donnant naissance au Code de la compliance en 2021. La codification formelle, ou « *à droit constant* », est une simple compilation de textes, destinée non à repenser le droit d'une matière, mais à regrouper et ordonner les textes législatifs et réglementaires préexistants, ce qui présente différents avantages[1007]. La codification permet d'abord de simplifier l'accès au droit par la centralisation des normes au sein d'un support unique, offrant un remède efficace à l'éclatement des normes régissant un objet déterminé[1008]. La codification permet ensuite de rendre plus aisée l'identification des règles applicables à une thématique, grâce à leur agencement au sein d'une architecture cohérente et lisible[1009]. Elle permet également « *de se prémunir contre les effets pervers des variations littéraires et employer toujours le même mot pour désigner la même chose au moins dans le code* » [1010]. Le droit codifié est ainsi « *porteur d'un langage codé* » qui offre des « *clés de lecture* » [1011]. Elle peut, enfin, de favoriser de nouvelles réformes en mettant en évidence des faiblesses ou des contradictions des textes. C'est dans cette perspective que les auteurs du « Code de la compliance » se sont donnés pour objectif de « *rassembler, ordonner et articuler des textes pour assurer un meilleur accès au droit aux sujets du droit ; organiser la présentation des normes en vigueur au sein d'une architecture cohérente pour leur donner une plus grande intelligibilité* »[1012]. Le Code de la compliance a ainsi le mérite de regrouper les textes légaux et réglementaires que tout *Compliance officer* doit maitriser, mais également les lignes directrices des différentes autorités, ainsi que les textes internationaux. Il a donc vocation à devenir un précieux outil de travail pour les *Compliance officer*, malgré ses limites. On peut en effet déplorer le défaut de consensus autour de la notion de *compliance* qui conduit à insérer dans ce code des textes qui n'apparaissent pas nécessairement comme répondant aux critères de la *compliance* tels que le droit de la concurrence, et regretter l'absence de certains textes fondamentaux comme la législation relative à la protection des données personnelles. On peut également regretter un classement par thématique, qui distribue les matières en un « *catalogue* » et non un en un ordre rationnel[1013].

[1007] J.-L. BERGEL, *op. cit*., p. 12 ; G. CORNU, « L'élaboration du code de procédure civile », *in* B. BEIGNIER, *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 71 ; G. BRAIBANT, « La commission supérieure de codification », *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 81 ; S. PERUZZETTO, « La codification du droit communautaire », *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 145.

[1008] C. GRANIER, « La simplification du droit des affaires par la simplification de ses sources », Droit et Patrimoine, 1er avril 2022, n°323 ; B. OPPETIT, « De la codification », *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 7 ; G. BRAIBANT, art. cit.

[1009] C. GRANIER, art. cit. ; B. OPPETIT, art. cit.

[1010] G. CORNU, art. cit.

[1011] *Ibidem*.

[1012] M.-A. BOURSIER et W. FEUGERE, « Avant-propos », préc.

[1013] G. CORNU, art. cit.

2. Opportunité de l'identification d'une nouvelle discipline

164. La construction d'un système cohérent de *compliance*. La constitution d'une nouvelle discipline est d'abord la promesse de l'ordonnancement de la masse des normes de *compliance* répartie dans une multitude de supports alors que l'application de ces normes doit être articulée. Les obligations de *compliance* obligent, en effet, à la mise en œuvre d'outils similaires qui devrait conduire les entreprises à traiter les objectifs de *compliance* séparément, mais de manière complémentaire et intégrée[1014]. Cette articulation est d'autant plus difficile que le champ d'application de chaque texte diffère[1015]. Les entreprises en ressentent « *un sentiment de charge excessive combiné à un manque de coordination, de stabilité et de visibilité entre ces diverses obligations* »[1016]. L'identification d'un ensemble de normes de *compliance* rassemblées en une discipline permettra d'étudier ces normes les unes par rapport aux autres, de comparer leur régime et de proposer une cohérence.

La constitution de la *compliance* en discipline juridique permet également de s'accorder sur la spécificité de la notion : « *classifier c'est nommer* »[1017]. La *compliance* souffre, en effet, d'un « *déficit d'intelligibilité* »[1018]. Il semble ainsi y avoir « *autant d'auteurs que de définitions* », faisant de la *compliance* « *une auberge espagnole* »[1019]. Cette confusion terminologique est contraire à l'intelligibilité du droit qui suppose l'utilisation de terminologie exacte par les juristes[1020]. Afin de comprendre les textes et prévoir les solutions à un problème de droit, il faut, en effet, que les mots correspondent à des concepts ayant un contenu précis et certain[1021]. Tout concept juridique doit donc être désigné par un terme propre : « *Il faut que tous les juristes parlent le même langage* »[1022].

L'application des normes de *compliance* suppose également des professionnels formés. La reconnaissance d'une discipline juridique favorisera le développement de formations de *Compliance Officer* qui répond à un besoin des entreprises. D'après le Professeur Sébastien Pimont, les étudiants aujourd'hui demandent qu'on leur enseigne des connaissances utiles dans l'exercice pratique des professions juridiques[1023].

[1014] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 31.

[1015] *Ibidem*, p. 7.

[1016] *Ibid*, p. 24.

[1017] X. BOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *in* M. NICOD (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitol, 2015, p. 11.

[1018] A. DE LA COTARDIERE et H. DELERIVE, art. cit.

[1019] M.-A. FRISON- ROCHE, « Le Droit de la compliance », art. cit.

[1020] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit*., p. 253.

[1021] *Ibidem* ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit*., p. 56.

[1022] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit*., p. 253.

[1023] S. PIMONT, art. cit.

165. Le rayonnement international de la *compliance*. La constitution d'une discipline présente également un intérêt en termes de rayonnement international[1024]. Cet intérêt a été défendu par Monsieur Mercat-Bruns dans son argumentaire pour la reconnaissance d'un droit de la non-discrimination en discipline juridique[1025]. À ce titre, il souligne qu'elle « *rendrait cette construction française originale plus lisible à l'étranger* », en offrant notamment aux comparatistes « *une grille de lecture de systèmes étrangers et un cadre de comparaison des profils et poids respectifs de figures juridiques* ». La lisibilité de ce droit à l'étranger constituerait une « nécessité scientifique d'une appropriation française de ce droit dans le cadre d'un rayonnement mondial »[1026], tout en étant gage d'une cohérence de la matière en droit interne. La *compliance* étant source d'une concurrence législative mondiale[1027], notamment eu égard à ses conséquences stratégiques économiques, sa lisibilité internationale apparaît fondamentale.

166. Conclusion §1. La construction d'une discipline juridique de la *compliance*. La discipline juridique se caractérise par sa fonction classificatoire ayant pour objet la lisibilité et l'accessibilité du droit. Son existence se caractérise par une reconnaissance doctrinale marquée par un faisceau d'indices. L'intérêt grandissant de la doctrine pour la *compliance* démontre son avènement en une nouvelle discipline juridique qui palliera son manque de visibilité et d'intelligibilité regretté par ses sujets[1028]. Si certains auteurs assimilent la discipline juridique à une branche du droit, « *c'est-à-dire l'un des sous-ensembles de règles identifiables au sein du droit de la République française* »[1029], d'autres assignent des significations différentes aux deux termes. La construction d'un droit de la *compliance* conduit alors à s'interroger sur cette notion de « branche du droit », « *entendu le plus souvent comme un ensemble cohérent et autonome de règles adaptées à un secteur déterminé d'activité, qui est à la faveur des juristes pédagogues* »[1030].

§2. L'ORDONNANCEMENT PAR LA RECONNAISSANCE D'UNE BRANCHE DU DROIT

167. L'ordonnancement par la reconnaissance d'une branche du droit. Pour le Professeur Cornu, le droit objectif est ordonné autour des règles juridiques d'une part et des divisions du droit d'autre part[1031]. Ces dernières ordonneraient également notre système juridique d'après le Professeur Terré qui affirme que « *c'est à partir de deux sortes de*

[1024] M. MERCAT-BRUNS, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.* 2017, p. 224.

[1025] *Ibidem*.

[1026] *Ibid*.

[1027] v. *supra*, pt. 90 et sv.

[1028] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 24.

[1029] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, 359.

[1030] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit.

[1031] G. CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12e éd. 2005, pt. 10.

distinction que s'ordonne notre système juridique : les divisions du droit, les ordres de juridiction »[1032]. Les divisions du droit ont ainsi une fonction d'ordonnancement regroupant les règles juridiques dans des ensembles généralement appelés les « branches du droit »[1033]. La définition traditionnelle de cette notion **(A)** a connu un renouvellement **(B)** en adéquation avec l'évolution juridique de ces dernières années.

A. La notion traditionnelle de branches du droit

168. La notion traditionnelle de branches du droit. La notion de « branche du droit » entendue comme « *un ensemble cohérent et autonome de règles adaptées à un secteur déterminé d'activité* »[1034] **(1)** fait l'objet de controverses **(2)**.

1. La détermination d'un ensemble cohérent et autonome

169. La détermination d'un ensemble cohérent et autonome. Deux critères permettraient de caractériser l'existence d'une nouvelle branche du droit : l'identification d'un « ensemble cohérent » **(a)** d'une part, l'identification d'un « ensemble autonome » **(b)** d'autre part.

a. La détermination d'un « ensemble cohérent »

170. Le concept d'« ensemble cohérent ». Un « ensemble » peut être entendu comme la détermination d'un « *corps de règles d'application général* »[1035]. L'admission d'un élément quelconque dans l'ensemble suppose sa soumission automatique aux règles et principes de l'ensemble, sans que la soumission à chaque norme ait eu besoin d'être visée par une disposition légale particulière[1036]. Pour le Doyen Robert Savy, il faut ainsi se demander si la nature des règles ou leur régime juridique présente « *une cohérence suffisante pour en faire une branche du droit irréductible aux autres* »[1037]. Pour identifier une branche du droit, il faut donc identifier un véritable système juridique, c'est-à-dire une réglementation cohérente[1038]. Cela nécessite l'identification de la sphère exacte de l'application de cette branche du droit puis de forger sa

---

[1032] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 4ème éd., 1998, n° 76.

[1033] N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 326, 2000, p. 28 ; F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit.

[1034] F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES, art. cit. ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7ème éd., 1998, pt. 45.

[1035] G. BRICKER, *Le droit de la génétique. À la recherche d'une branche du droit*, L'Harmattan, 2015 ; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 255 et sv.

[1036] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.

[1037] G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *in Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Tome II, Travaux et recherches de l'IPA de Toulouse, 1981, p. 767.

[1038] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.

technique propre, dégagée des notions fondamentales et les principes supérieurs qui dominent sa réglementation.

Les branches traditionnelles du droit se classent ainsi en fonction de la nature des règles qu'elles comportent[1039]. Le droit civil est celui qui régit « *la vie privée des hommes et leurs relations particulières* »[1040], le droit pénal a pour objet « *l'étude de l'incrimination et de la répression par l'État des agissements de nature à créer un trouble dans la société* »[1041] et le droit judiciaire privé regroupe « *l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de la justice civile et tendant à assurer aux particuliers la sanction des droits subjectifs dont ils se prétendent titulaires* »[1042].

171. La spécialisation du droit. Monsieur Gounelle explique que « *la division entre différentes branches du droit correspond au besoin d'adapter une technique juridique à certains rapports sociaux, ce qui a pour effet de cristalliser leur spécificité* »[1043]. Cette spécialisation du droit est la conséquence de « *la complexité du monde moderne* »[1044]. La commission du droit international des Nations unies, dans le rapport du groupe d'études sur la fragmentation du droit de juillet 2006, explique que le phénomène de développement de branches ne dépend pas de la seule volonté de la doctrine ou du législateur, mais d'une tendance à la complexification de la société moderne : « *Les nouveaux types de droits spécialisés n'apparaissent pas fortuitement, mais visent à répondre à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels. L'apparition du droit de l'environnement, par exemple, répond aux soucis croissants que suscite l'État de l'environnement international. Le droit commercial devient un instrument pour profiter des possibilités créées par un avantage relatif dans les relations économiques internationales. Les droits de l'homme visent à protéger les intérêts des personnes physiques et le droit pénal international traduit en termes juridiques la lutte contre l'impunité. Chaque régime comporte ses propres principes, son propre savoir-faire et sa propre éthique, laquelle n'est pas forcément identique à celle des spécialisations voisines* »[1045]. Cette notion de spécialisation du droit qui divise le droit en branches spécialisées indépendantes les unes des autres renvoie au concept d'autonomie.

[1039] N. SAUPHANOR, *op. cit*., p. 36.

[1040] J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, « Introduction générale », *in* J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 4ème éd., 1994, n° 101.

[1041] G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 16e éd., 1997, n° 36.

[1042] L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2ème éd., 1998, n° 1.

[1043] M. GOUNELLE, *Introduction au droit public. Institutions, fondements, sources*, Montchrestien, 2ème éd., 1989, p. 8.

[1044] G. BRICKER, *op. cit*., p. 53.

[1045] Organisation des Nations unies, assemblée générale, commission du droit international, groupe d'études sur la fragmentation du droit et les difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport grand art/CN. 4/L. 702 du 28 juillet 2006, paragraphe 10.

b. La détermination d'un ensemble « autonome »

172. L'acception forte de la notion d'« autonomie ». L'autonomie permet la consécration de la branche du droit pour la plupart des auteurs[1046]. Elle se définit par l'étymologie grecque, *autonomos*, combinaison de *autos* - même, lui-même, de lui-même - et *nomos* – loi - signifiant « *ce qui est régi par ses propres lois* »[1047]. L'autonomie s'oppose alors à l'hétéronomie, qui se définit comme le fait pour une personne ou une chose d'être soumise à des règles d'origine extérieure[1048]. Un droit autonome, à la lumière de cette définition, est « *une matière qui trouve en elle-même sa propre source de règles, qui ne dépend d'aucun autre droit pour déterminer le contenu et le sens de ses solutions. Un droit autonome est un droit qui est auto-institué et qui s'autoréglemente, s'autoalimente* »[1049]. Il pourrait donc être étudié sans aucune référence à des principes ou des normes externes[1050]. Le Professeur Benoît Delaunay, lors de sa réflexion sur l'existence d'un Droit public de la concurrence, soutient que, « *pour qu'une nouvelle branche du droit apparaisse, elle doit regrouper un ensemble de règles autonomes, cohérentes se suffisant à elles-mêmes et s'affranchissant des règles du droit commun* »[1051] . Il y aurait donc autonomie lorsque la discipline possède des concepts et techniques propres et distincts de ceux en vigueur dans le droit commun, et lorsqu'en cas de vide juridique il n'est pas nécessaire de recourir à d'autres disciplines pour forger la règle applicable[1052]. L'autonomie du droit de la consommation a ainsi pu être contestée eu égard aux liens qui l'arriment au droit civil, par exemple dans la reproduction de certaines dispositions du Code civil dans le Code de la consommation, notamment relatives aux vices cachés[1053].

Cette acception forte de l'autonomie appliquée à la détermination des branches du droit est toutefois critiquée, notamment parce que « *tout droit spécial vit d'emprunt permanent aux concepts du droit privé général* »[1054]. Il apparaît donc en réalité qu'aucune matière ne peut être régie uniquement par des règles spéciales puisque « *subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler au moyen de règles générales* »[1055]. La théorie de la hiérarchie des normes, par ailleurs, démontre l'impossibilité d'une division parfaite de ces normes[1056]. Selon cette théorie, en effet, toute norme est fondée sur une norme supérieure de sorte que les normes seront toujours fondées *in fine* par une norme supérieure commune. Toutes branches du droit ne peuvent donc exister puisqu'elle contient des normes qui seront communes avec d'autres

---

[1046] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.

[1047] J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in* C. ALBIGES, J.-F. ARTZ, C. BADENAS, M. JUAN, *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p .280.

[1048] *Ibidem*.

[1049] *Ibid*.

[1050] *Ibid* ; F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD Civ*. 1993, p. 59.

[1051] B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015, n° 49.

[1052] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.

[1053] J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. cit.

[1054] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.

[1055] F. GRUA, art. cit.

[1056] G. BRICKER, préc., p. 74.

branches, ne serait-ce que les normes fondamentales. Le droit pénal par exemple sanctionne des normes qui ne sont pas par nature de droit pénal[1057]. Il ne se suffit donc pas à lui-même bien qu'il constitue une technique juridique spécifique. Toute branche « *recours donc nécessairement à l'une des trois grandes disciplines de droit privé, public, pénal, qui encadre par leur exhaustivité l'ensemble du droit* » [1058].

173. L'assouplissement de la notion d' « autonomie ». Dans sa thèse, Marie-Stéphane Payet développe l'idée qu'il existe plusieurs échelons d'autonomie auquel correspondent des conséquences juridiques[1059]. Elle illustre cette prise de position en prenant l'exemple de la règle classique de droit civil selon laquelle le consentement des parties doit être éclairé et libre pour pouvoir créer des obligations et démontre qu'une règle spéciale peut aménager ce principe de plusieurs manières. Elle pourrait, d'abord, développer l'exigence contenue dans le principe ; le consentement doit être libre et éclairé pour créer des obligations et, à cette fin, certaines informations spécifiées doivent être impérativement échangées. Dans ce cas, la règle nouvelle ne déroge au principe que parce qu'elle en aménage les modalités ; elle renforce ou réaffirme la règle. La norme spéciale pourrait, ensuite, ajouter une condition supplémentaire au principe ; le consentement éclairé est libre et insuffisant pour créer des obligations, il faut en plus que ces dernières soient objectivement équilibrées. L'ajout d'une nouvelle condition crée alors véritablement un nouveau principe ; il emporte une modification substantielle de la règle. La règle spéciale pourrait, enfin, retrancher une condition au principe ; le consentement, même extorqué par violence, peut-être créateur d'obligation. Le principe nouveau se substitue à l'oral ancien, car il en retranche une condition. Il efface le principe classique, en supprime le fondement, contrairement aux deux premières règles qui ne semblent pas porter atteinte au fondement du droit commun dans la mesure où elles ne font pas obstacle à l'application du principe classique. La comparaison avec le droit commun permet donc de juger le potentiel de nouveautés contenues dans la règle spéciale.

D'après Madame Payet, au plus fort degré d'indépendance se trouverait celle des fondements[1060]. En ce sens, le Professeur Gassin reconnaît « *la loi spéciale au fait que ces dispositions découlent de conception étrangère au droit commun* »[1061]. L'article 1134 du Code civil ne serait en effet guère utile par exemple pour éclairer un litige né de l'exécution d'un contrat administratif[1062]. Si l'indépendance des fondements apparaît comme la source la plus évidente d'autonomie, elle n'en est pas une source exclusive : « *À un degré moindre, une règle peut, par la nouveauté des mécanismes qu'elle crée, manifester une certaine indépendance à l'égard du droit commun* » [1063]. Le doyen George Vedel a ainsi proposé de distinguer deux

---

[1057] *Ibidem*.
[1058] *Ibid*.
[1059] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001, p. 253.
[1060] *Ibidem*, p. 255.
[1061] R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron., n° 7, p. 93.
[1062] M.-S. PAYET, op. cit., p. 255.
[1063] *Ibidem*.

sources d'autonomie : « *Elle se justifie d'un point de vue fonctionnel lorsque l'application à une matière des principes généraux et des méthodes de raisonnement emprunté à une discipline existante conduit à des inexactitudes. C'est encore le cas lorsque le mélange apparent de principes et méthodes empruntées à des branches existantes donne une combinaison nouvelle. Ce point de vue fonctionnel se vérifie empiriquement. Il faut distinguer si la matière n'est qu'une simple juxtaposition de solutions, tel que le droit pharmaceutique qui pour résoudre les divers problèmes de cette activité applique du droit civil, du droit commercial, du droit administratif, ou une somme de solution, tel que le droit du travail* »[1064]. Il ne s'agit plus de déduire l'autonomie d'un droit spécial de la seule absence de référence à une règle de droit commun, mais d'apprécier le caractère autonome d'un droit en fonction de son objet et de sa logique intrinsèque[1065]. Un droit spécial peut, ainsi, faire volontairement référence à des règles de droit commun et se les approprier dans leur application afin que cette dernière corresponde aux buts recherchés[1066]. L'autonomie peut ainsi être recherchée à travers la spécificité de la norme qui implique l'utilisation de concepts connus dans d'autres disciplines, mais possédant une signification particulière à la branche[1067]. C'est alors la technique ou la portée différente de ces normes qui fait leur originalité et qui est susceptible de justifier leur regroupement au sein d'une discipline particulière[1068]. À titre d'exemple, le droit de la consommation emprunte à différentes disciplines, mais cet emprunt ne concernerait que la nature des dispositions et non pas leur signification[1069].

À cet égard, néanmoins, on a pu reprocher à la notion d'autonomie d'être « *vide de conséquences juridiques* »[1070]. L'autonomie « *n'est pas la cause des dérogations, elle n'en est que l'effet* » ; ce « *n'est qu'une manière de prendre acte de quelques divergences* »[1071]. Madame Payet reconnaît la véracité de ces critiques s'agissant d'une règle isolée, tout en les remettant en cause s'agissant d'un corps de règles[1072]. Elle observant, en effet, que relativement à une matière, lorsque « *les règles s'écartent du droit commun, on recherche si un droit nouveau, détaché du droit civil, ne serait pas né* » [1073]. L'idée d'autonomie permettrait alors de mettre en lumière, à la condition qu'ils existent, les principes généraux propres à cette matière[1074]. Appliquée à un corps de règles, l'autonomie signifie non seulement que les règles composant le droit envisagé sont dérogatoires au droit commun, mais surtout qu'elles le sont en raison d'une propriété commune[1075].

[1064] G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », art. cit.
[1065] J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. cit.
[1066] *Ibidem*.
[1067] N. RZEPECKI, op. cit., p. 255 et sv.
[1068] *Ibidem*.
[1069] *Ibid*.
[1070] F. GRUA, art. cit.
[1071] *Ibidem*.
[1072] M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 255.
[1073] *Ibidem*.
[1074] *Ibid*.
[1075] *Ibid*.

Monsieur Guillaume Bricker quant à lui ne tient pas pour « *absolument équivalente* » les notions de « droit spécial » et de « branche du droit »[1076]. À son sens le droit spécial constitue « *une branche présentant un objet subordonné à un objet plus large et évidemment des normes juridiques spécifiques à cet objet plus restreint* »[1077]. Le droit spécial constitue alors une branche du droit qui déroge aux normes juridiques générales, tandis qu'une branche du droit pourrait à la fois comporter des normes juridiques générales et des normes juridiques spéciales, la généralité des solutions juridiques pouvant s'appliquer également à un objet particulier, ne serait-ce que dans le silence des normes juridiques rattaché à un endroit spécial. Il n'en demeure pas moins qu'au sens de Monsieur Bricker les critères portant sur la définition d'un droit spécial seront suffisants, mais pas forcément nécessaires, pour qualifier une branche du droit. Ainsi, si par nature un droit spécial est toujours une branche du droit, une branche du droit n'est pas toujours un droit spécial[1078]. En d'autres termes, le fait qu'une règle s'applique à un objet ne permet pas de préjugés que cette règle relève du droit spécial ou du droit commun, en revanche, elle relèvera toujours de la notion de branche. Le fait qu'une branche particulière du droit soit en outre un droit spécial démontrera le caractère cohérent de ses normes juridiques : il s'agit d'une appréciation d'une nature différente.

Dépassant la scission droit spécial/droit commun, Anne Rainaud définie alors cinq critères déterminant l'autonomie d'une matière juridique : premièrement des structures institutionnelles propres, deuxièmement des principes généraux, troisièmement une juridiction propre, quatrièmement un cadre unitaire moniste, cinquièmement un code propre[1079]. S'il est vrai que de nombreuses divisions du droit correspondent à la compétence de juridictions particulières, le droit du travail par exemple, indépendamment des règles qui le composent, entraîne la compétence d'une juridiction spécifique chaque fois que les critères du droit du travail sont réunis ce qui unit les dispositions du droit du travail, ce n'est pas tant de relever de juridictions particulières que d'être soumis à un régime juridique particulier organisé autour d'un concept propre : la notion de contrat de travail[1080]. Monsieur Bricker, de même, souligne l'importance de l'existence d'un objet défini dans la caractérisation d'une branche du droit et voit dans la compétence juridictionnelle spécifique, ainsi que dans l'existence d'un code, la conséquence plus que la cause de l'existence d'une branche du droit[1081]. Ces nombreuses divergences doctrinales quant à la qualification d'une branche du droit ont entrainé une crise de la notion.

[1076] G. BRICKER, *op. cit.,* p. 39.
[1077] *Ibidem*.
[1078] *Ibid*, p. 41.
[1079] A. RAINAUD, *Le droit des risques industriels : à la recherche d'une branche du droit*, thèse Nice, dir. G. MARTIN, 1993.
[1080] N. RZEPECKI, *op. cit*., p. 255 et sv.
[1081] G. BRICKER, *op. cit.,* p. 37.

2. La crise de la notion de branche

174. Une métaphore contestée. Il est traditionnel de représenter les divisions du droit à l'aide de la métaphore de l'arbre et des branches[1082]. Chaque droit spécial serait rattaché au droit commun comme des branches à un tronc, lequel irriguerait chacune des branches de ses principes et règles, sauf si des dispositions spéciales contraires existent[1083]. Quant aux rapports des branches entre elles, il suffirait de « *constater ce fait naturel que chacune est indépendante des autres et donc indifférente aux autres* »[1084].

L'expression souvent usitée de « *branches autonomes* », pour signifier qu'un droit spécial a conquis son indépendance par rapport au droit commun, est une contradiction dans les termes : une branche ne pouvant être autonome dans la mesure où elle est rattachée au tronc dont elle dépend. Par ailleurs, l'utilisation de la métaphore de l'arbre pour désigner les divisions disciplinaires du droit démontre que le droit est un concept unitaire. Dans la conception de Kelsen, on ne peut penser une norme qu'en relation avec les autres normes et *in fine* avec l'ensemble du système juridique[1085]. Les normes renvoient toujours à d'autres normes et ces relations forment l'unité de l'ordre juridique[1086]. Le rattachement de l'ensemble des droits spéciaux au droit constitutionnel, au droit communautaire et au droit européen constitue par ailleurs « *des éléments d'hétéronomie* » qui semblent suffire à écarter toute prétention à l'autonomie des droits spéciaux[1087]. L'autonomie ne semble donc pas constituer un concept praticable et utile pour caractériser la division du droit[1088]. Les normes, en dépit de leur diversité et de leurs spécificités, constituent d'ailleurs des éléments reliés les uns aux autres et qui s'articule, se complètent, s'influence, si bien que plus qu'un ensemble statique, le droit est un système animé par un dynamisme interne, dont les règles sont hiérarchisées, complémentaires et interactives[1089]. On constate, par exemple, des influences réciproques et transversales qui ne respectent pas les flux verticaux d'une arborescence[1090]. Ainsi, le droit administratif inspire le droit civil, par exemple en matière de responsabilité des préposés et des dirigeants de sociétés in bonis[1091]. Inversement, le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont effectué des percées dans le droit administratif en s'appliquant, dans une certaine mesure, aux services publics[1092]. En conséquence, la représentation en branches autonomes les unes des autres n'est pas le reflet de la réalité.

[1082] J.-P. CHAZAL, art. cit. ; F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD Civ*. 1993, p. 59.
[1083] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1084] *Ibidem*.
[1085] F. BRUNET, *La pensées juridique de… Hans Kelsen*, Mare et Martin, 2019, p. 80.
[1086] *Ibidem*.
[1087] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1088] *Ibidem*.
[1089] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2e éd, 2016, p. 12.
[1090] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1091] *Ibidem*.
[1092] *Ibid*.

Chaque auteur fait, par ailleurs, sa propre interprétation de la métaphore. Tantôt, le droit est présenté comme une division en branches, sans tronc commun apparent, tantôt les deux branches principales que seraient le droit privé et le droit public partent du même tronc, l'identité de celui-ci demeurant souvent occultée, mais le plus couramment, ces deux ensembles de droits spéciaux forment deux arbres distincts[1093]. Au sein même du droit privé, certains refusent de relier à un tronc unique le droit commercial et le droit civil, ce qui ferait deux arbres dans le seul droit privé[1094].

La métaphore de l'arbre ne répondant pas à la réalité de la division du droit, Messieurs Deleuze et Guattari ont imaginé la figure végétale du rhizome : « *réseau de tiges ou de canaux hétérogènes aux multiples connexions produisant un système a-centré et non hiérarchique* »[1095]. L'image du rhizome serait ainsi « *mieux à même de dire comment le droit est à la fois un et multiple, structuré et enchevêtré* »[1096]. L'unité est « *abandonnée au profit de l'irréductible multiplicité* » [1097]. À l'instar des tiges du rhizome, « *les disciplines juridiques multiplient entre elles les points de contact et de divergence, sans qu'aucune ne serve de matrice ou de centre de convergence, de pivot* »[1098]. Chacune serait donc susceptible d'être influencée par une ou plusieurs autres, ou au contraire d'influencer une ou plusieurs autres. Si, pour le Professeur Chazal, le rhizome conceptualise les divisions du droit mieux que ne le fait l'image de l'arbre, il recèlerait aussi sa part d'inexactitude, réduisant le droit aux lois[1099]. Le rhizome représente, en effet, l'enchevêtrement des divers corps de règles artificiellement ventilés en disciplines, mais ne rend pas compte du travail des juristes dans la production et la construction du droit ni dans la recherche de solutions justes à des problèmes posés.

Certains auteurs vont jusqu'à nier le concept même de branche du droit[1100]. « *À quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche du droit ? Quand y a-t-il branche principale ou branchillon secondaire ?* » se demande par exemple Me Raymond Martin[1101]. Quant au professeur Denys de Béchillon, à qui était posée, à l'occasion du colloque fondateur de l'Association française de droit de l'énergie en 2008, la question de l'autonomie du droit de l'énergie, il répondait que si l'idée d'une autonomie absolue du droit de l'énergie n'a aucun sens, celle de l'autonomie forte ou relative ne pouvait non plus être démontrée, sans doute parce que le droit ne se découpe pas en branches[1102]. Le Professeur Grua ajoute par ailleurs que « *quand on envisage la division du droit, on ne voit rien qui ressemble à un tronc et des*

[1093] *Ibid*.
[1094] *Ibid*.
[1095] G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Rhizome*, De Minuit, 1976, texte repris dans *Mille plateaux*, De Minuit, 1980.
[1096] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1097] G. DELEUZE et F. GUATTARI, *op. cit*.
[1098] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1099] *Ibidem*.
[1100] P. TERNEYRE et C. BOITEAU, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA* 2017, p. 517.
[1101] R. MARTIN, « Le droit en branches », *D.* 2002. 1703.
[1102] . TERNEYRE et C. BOITEAU, art. cit.

branches »[1103]. En effet, « *quoi de commun entre le droit pénal et la procédure civile ? Entre le droit de la filiation et celui de la faillite ? Autant de plantes dont les rameaux peuvent s'entrecroiser au gré des circonstances, mais qui ont poussé chacune dans son coin* »[1104]. Aucun professeur, par ailleurs, n'enseigne le « droit », mais des enseignements parfaitement séparés en « *droit de ceci ou de cela* » [1105]. S'il y a bien un cours d'introduction qui « *prétend* » parler du droit en général et de ce qu'il y a de commun aux diverses disciplines, cet enseignement tient en quelques heures d'enseignement, et ces règles communes « *ne le sont-elles jamais vraiment* »[1106]. Dans son enseignement comme dans son application donc, « *le droit apparaît toujours comme le droit de quelque chose* »[1107]. Ce qui demeure invariable, d'une discipline à l'autre, « *c'est la nature des sources (lois, coutumes), une certaine logique (syllogisme, dialectique) et certaines valeurs (suum cuique tribuere)* » , mais ces sources, cette logique et ces valeurs ne sont pas « *un tronc de règles qui produit des branches* »[1108].

B. Le renouvellement de la notion de branche

175. Le renouvellement de la notion de branche. L'« autonomie » est pour le Professeur Chazal un concept inadéquat pour caractériser la relation du droit commun au droit spécial en raison du « *caractère artificiel des droits spéciaux qui ne sont que des structures abstraites créées par la pensée humaine* »[1109]. Son abandon dans la détermination d'une nouvelle branche du droit **(1)** permet d'admettre la constitution de nouvelles classifications transversales **(2)**.

1. L'abandon du critère d'autonomie

176. L'abandon du critère d'autonomie. Le Professeur Chazal propose d'abandonner le concept d'autonomie pour examiner ce qui individualise un droit spécial par rapport au droit commun[1110]. Il dénombre cinq critères qui peuvent permettre d'expliquer cette distinction sans toutefois n'en identifier aucun décisif. Le premier critère est le critère subjectif qui consiste à définir le domaine d'un droit par les sujets auxquels il s'applique. Le droit commercial régit les relations entre commerçants ; le droit de la consommation, celles entre professionnels et consommateurs ; le droit du travail celles entre employeurs et salariés ; le droit administratif celles entre l'administration et les administrés. Ce critère est controversé par la doctrine dans un certain nombre de droits spéciaux, les commercialistes, par exemple, discutent encore si c'est l'acte de commerce qui fait le commerçant ou le commerçant qui fait l'acte de

---

[1103] F. GRUA, « Les divisions du droit », art. cit.
[1104] *Ibidem*.
[1105] *Ibid*.
[1106] *Ibid*.
[1107] *Ibid*.
[1108] *Ibid*.
[1109] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1110] *Ibidem*.

commerce[1111]. Le second critère est le critère formel qui consiste à « *loger une matière juridique à l'intérieur d'une loi ou mieux d'un code* » [1112]. À suivre ce raisonnement, le droit de la concurrence et le droit des sociétés auraient perdu leur statut de droits spéciaux depuis qu'ils ont été englobés dans le code de commerce. L'ambition d'enfermer un droit dans un réceptacle formel constituerait, par ailleurs, une illusion : un code limité aux normes d'origine nationale ne saurait contenir l'intégralité d'une matière, eu égard à l'influence croissante du droit communautaire, mais également au rôle créateur de la jurisprudence et de la doctrine duquel peut provenir la spécificité du droit. Le troisième critère est le critère substantiel qui permet de définir un droit spécial par les règles qui le composent[1113]. Outre, la polysémie qui entoure la « *qualité substantielle* », ce critère apparaît instable dans la mesure où beaucoup de règles peuvent être incorporées indifféremment dans un droit spécial ou dans un autre[1114]. Il en va ainsi des dispositions régissant les droits du conjoint commun en biens d'un associé qui pourraient appartenir au droit des régimes matrimoniaux ou au droit des sociétés ; ou encore des règles de preuve des obligations qui relèvent du Code civil mais qui pourraient être incorporées dans le Code de procédure. Le quatrième critère est le critère finaliste qui se focalise sur la fonction de chaque droit[1115]. Le droit de la consommation a pour finalité la protection des consommateurs, le droit du travail celle des salariés, le droit de l'environnement celle de la nature, le droit de la concurrence, le bon fonctionnement du marché, etc. L'utilisation de ce critère revient à tirer l'existence d'un droit spécial de la finalité qu'il poursuit, « *celle-ci lui fournissant une cohérence et une identité propre* » [1116]. Encore une fois ce critère n'est pas absolu[1117]. Le Professeur Chazal prend l'exemple des pratiques restrictives de concurrence qui sont sanctionnées indépendamment de l'atteinte portée au marché ce qui ne répond pas à la finalité première du droit de la concurrence qui est d'assurer le bon fonctionnement du marché[1118]. Des controverses peuvent par ailleurs apparaître quant à la finalité d'un droit spécial. Le critère matériel définit un droit spécial par son objet : le droit des contrats a par exemple pour objet le contrat, le droit pénal les infractions, le droit fiscal le recouvrement des impôts et taxes. Il permet de distinguer les droits spéciaux et les ensembles plus larges qui regroupent une pluralité de droits, tels le droit privé, le droit public, le droit des affaires, le droit économique. Inversement, il rend possible des regroupements entre des corps de règles qui, bien que formellement distincts, s'appliquent à une seule et même matière, tels que le droit de la concurrence et le droit de la consommation dont l'addition formerait le droit économique. La segmentation du droit reste toutefois artificielle : c'est une construction intellectuelle qui repose sur des considérations techniques et des besoins pratiques[1119]. En combinant plusieurs de ces critères, il serait possible de faire ressortir les spécificités d'un droit. Un corps de règles qui se

[1111] *Ibid*.
[1112] *Ibid*.
[1113] F. GRUA, « Les divisions du droit », art. cit.
[1114] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1115] J.-C. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9e éd., p. 16.
[1116] J.-P. CHAZAL, art. cit.
[1117] *Ibid*.
[1118] *Ibid*.
[1119] *Ibid*.

distingue du droit commun selon les cinq critères présenterait une forte identité : « *Pour autant, celle-ci serait exagérée si elle se traduisait, pour ce droit spécial, par un isolement, une position insulaire* »[1120].

2. L'admission de la transversalité des branches du droit

177. La classification des branches du droit fondée sur l'objet auquel se rapporte la règle de droit. On retrouve des lois de *compliance* en droit des sociétés, droit financier, droit bancaire, droit pénal. Certains auteurs voient dans cette transversalité un obstacle à la reconnaissance d'un droit de la *compliance*[1121]. La *compliance* ne serait ainsi qu'une modernisation du droit puisqu'il ne s'agirait que de parfaire chacune des branches classiques du système juridique, de les rendre plus efficaces. Dans sa thèse, Guillaume Bricker fait la démonstration de l'impossibilité d'une division parfaite des normes[1122]. Il en vient à la conclusion que la transversalité n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'une branche du droit et permet de dépasser le critère de l'autonomie tel qu'il est traditionnellement conçu[1123]. C'est ainsi que le droit de la consommation est composé de règles de nature diverses réunies par leur fonction commune[1124]. Comme l'explique Monsieur Calais-Auloy, le Code de la consommation *« rassemble les règles de nature diverses réunies par leur fonction commune : protéger le consommateur. Il est un code fonctionnel comme le Code du travail et le Code rural* »[1125]. Le droit de l'environnement, de même, « *assure que l'ensemble des normes juridiques de quelque nature et quelques origines que ce soit respecte les intérêts de la protection de l'environnement. Il ne se limite donc pas à la police administrative de l'environnement* »[1126]. La classification se fonde alors, non plus sur la nature de la règle étudiée, telle que le droit civil ou le droit commercial, mais sur l'objet auquel se rapporte la règle juridique, telle que le droit de la consommation, le droit du travail, le droit économique, le droit de la concurrence[1127]. Le Professeur Frison-Roche caractérise, par exemple, l'existence d'un droit de la régulation « *à travers des manifestations éparses (…), au-delà des branches classiques, au-delà de la distinction du droit public et du droit privé. Il a pour objet des secteurs sur lesquels doivent s'équilibrer un une libre concurrence et un autre prix principe, hétérogène* »[1128]. S'oppose une conception plus large du droit de la régulation soutenue par Monsieur Boy qui le caractérise comme un droit à formation empirique, téléologique, et procédural[1129]. Monsieur Farjat défini à son tour, le droit économique comme un droit « *davantage caractérisé par ses méthodes*

[1120] *Ibid*.
[1121] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.
[1122] G. BRICKER, *op. cit*.
[1123] *Ibidem*.
[1124] N. SAUPHANOR, *op. cit*., p. 9.
[1125] J. CALAIS-AULOY, art. cit.
[1126] G. BRICKER, *op. cit*., p. 77.
[1127] N. SAUPHANOR, *op. cit*., p. 9 ; C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise,* LGDJ, Droit des affaires, 2010, p. 26.
[1128] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *DA* 2001, p. 601.
[1129] L. BOY, « Réflexions sur le droit de la régulation », D. 2001, p. 3031.

d'analyse et d'action que par son contenu »[1130]. Or, la classification qui caractérise le droit de la consommation « *traverse les diverses disciplines des catégories juridiques traditionnelles* »[1131], elle est « *en quelque sorte perpendiculaire* »[1132]. Ce caractère transversal permet de qualifier le droit de la consommation de « *droit pluridisciplinaire* »[1133]. Ces « *droits modernes* » engendre des mutations qui ne sont pas anodines. D'abord, ils empruntent de manière transversale aux disciplines classiques du droit : ils ont « *une nature intrinsèquement pluri/inter/trans-disciplinaire* »[1134]. Ensuite, parce que ces nouvelles disciplines sont marquées par la spécificité et la technicité de l'objet auquel elles se rapportent : « *c'est en quelque sorte par capillarité que le phénomène de complexité gagne ces matières* »[1135]. Enfin chacune de ces disciplines est sous-tendue par des concepts extérieurs au droit qui les relient à des réalités concrètes, ce qui constitue un facteur de complexité supplémentaire[1136]. À titre d'exemple, le droit de la concurrence est une discipline juridique désignée par certains auteurs comme « *l'expression juridique de lois économiques* » en raison de son fondement économique, ce qui conduit à une réception du raisonnement économique notamment par le juge chargé de l'appliquer[1137].

178. Conclusion §2. L'émergence d'une nouvelle branche du droit : le droit de la *compliance*. La notion de branche du droit est un « *instrument de rationalisation et d'ajustement de l'ordre juridique à disposition de la doctrine* »[1138] ce qui en fait une notion relative et mouvante en fonction de l'évolution juridique. Ainsi, « *la classification traditionnelle, fondée sur la nature des règles (trois civils, droit pénal, procédure, etc.) doit être combinée avec une classification transversale plus récente, dictée par la fonction des règles juridiques* »[1139]. Le droit de la *compliance* appartient à cette seconde classification se distinguant par sa finalité : internaliser dans les entreprises des objectifs d'intérêt généraux que l'État ne parvient plus, seul, à réaliser. Elle s'inscrit dans un phénomène de spécialisation du droit répondant à de nouveaux besoins techniques et fonctionnels en raison de la globalisation[1140].

[1130] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, les voies du droit, 2004, p. 107.

[1131] Th. BOURGOIGNE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation (au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté européenne)*, LGDJ, Story scienta, 1998, n° 83.

[1132] J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit*., n°15.

[1133] N. SAUPHANOR, *op. cit*., p. 37.

[1134] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 26.

[1135] *Ibidem*.

[1136] *Ibid*.

[1137] *Ibid* ; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, Droit & Économie, 2008.

[1138] G. BRICKER, *op. cit*., p. 39.

[1139] J. CALAIS-AULOIS, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD. civ*. 1994, p. 239.

[1140] v. *supra* pt. 38 et sv.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

179. Le développement anarchique de la *compliance*. À ce jour, « *la compliance s'entrevoit dans les interstices du droit* »[1141], éparpillées dans les différents codes, lois et actes législatifs de l'Union européenne. Son développement anarchique participe de la complexification du droit en entravant l'accès aux normes par ses sujets. Conjugué à la confusion de la doctrine quant aux contours de la notion de *compliance*, il apparait urgent de construire un droit de la *compliance* : « *Il pourra ainsi apparaître que les obstacles dressés face à la perspective d'une meilleure maîtrise de la compliance sont nombreux et d'importance. Mais, loin de se décourager, on n'en tirera également la conviction que le succès des solutions d'avenir passe par la construction d'un véritable droit de la compliance* »[1142].

180. L'ordonnancement des normes par la reconnaissance d'un droit de la *compliance*. Le travail classificatoire élaboré par la doctrine prend la forme d'un ordonnancement du droit en disciplines juridiques rendant ce droit accessible et intelligible. L'organisation de colloques, la parution de revues spécialisés, la publication d'ouvrages spécialisé, la tentative de codification et la constitution de filières universitaires sur la compliance sont autant d'indicateurs de la construction d'une véritable discipline juridique de la compliance par la doctrine. Son travail classificatoire prend également la forme d'une classification en « branche du droit » dont la notion traditionnelle évolue parallèlement au développement de droits modernes dit « transversaux » fondés sur l'objet auquel se rapporte la règle de droit plutôt que sur sa nature : « *la classification traditionnelle, fondée sur la nature des règles* » doit être combinée « *avec une classification transversale plus récente, dictée par la fonction de la règle juridique* »[1143]. La *compliance* est ainsi un droit téléologique, fondé sur les objectifs d'intérêt généraux que le législateur internalise dans l'entreprise.

[1141] A. DE LA COTARDIERE et E. HANNEZO, art. cit.
[1142] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.
[1143] J. CALAIS-AULOY, art. cit.

CONCLUSION DU TITRE 1

181. Le droit de la *compliance* au service de la réalisation des missions de l'état. La régulation des opérateurs économiques transnationaux nécessite de repenser les moyens d'intervention étatique. La *compliance* est ainsi née de la difficulté des autorités publiques à appréhender les agissements de ces acteurs. Il s'agit désormais d'agir en association avec les opérateurs économiques devenus acteurs politiques. Cette mobilisation des opérateurs économiques marque un renouveau de la souveraineté étatique sur la scène internationale. Ce regain de crédibilité est en faveur des opérateurs économiques nationaux qui subissent l'expansionnisme législatif extraterritorial de certains États qui mènent une politique économique particulièrement offensive. Cette rivalité législative nécessite toutefois la puissance d'influence de l'Europe, apte à importer sa vision humaniste de la *compliance*.

182. La mise en ordre d'un désordre législatif par la création d'un droit. Une *compliance* nationale et européenne se développent parallèlement dans différentes branches du droit créant un système de *compliance* dense et désordonné. Les points communs opérationnels que présentent toutefois ces obligations de *compliance* nécessitent une application coordonnée de ces textes. Il s'agit donc d'ordonner le système par la construction d'un droit de la *compliance*. La doctrine œuvre en ce sens par la création d'une discipline juridique palliant le manque d'intelligibilité de la *compliance* regretté par ses sujets. La diversité des règles juridiques mobilisées n'entrave pas la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit dont les critères d'identification doivent être précisés.

TITRE 2 : LES CRITERES D'IDENTIFICATION DES NORMES RELEVANT D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

> « *Le rôle du droit est de responsabiliser les acteurs afin d'éviter que la globalisation ne conduise à une irresponsabilité organisée* »[1144].

183. Les critères tenant à la finalité d'un droit de la *compliance*. L'État a mis en lumière des problématiques dont le traitement dépasse le strict champ des frontières nationales et que des normes nationales ne sont plus en mesure de réguler[1145]. Il a donc recours à des procédés normatifs nouveaux pour contourner l'impossibilité de recourir aux instruments traditionnels ou pour offrir une réponse mieux adaptée à des phénomènes nouveaux ou encore mal maitrisé comme la gouvernance d'internet ou les préoccupations environnementales. Son action est ainsi complétée par celle des acteurs économiques dans un cadre juridique général définit par l'État mais dans lequel les acteurs du système agissent librement pour la réalisation d'objectifs qui présente un caractère d'intérêt général. **(Chapitre 1)**.

184. Les critères tenant au sujet d'un droit de la *compliance*. L'entreprise s'est imposée, au cours des deux derniers siècles, comme l'une des institutions les plus importantes du monde actuel, au côté des États, déterminant la place de l'individu dans la société, influençant l'innovation, l'investissement et l'emploi, mais également la localisation géographique des activités de production et de recherche dont elles orientent le contenu[1146]. Pour toutes ces raisons l'entreprise a un poids politique déterminant[1147], or « *le principe de responsabilité présuppose que le détenteur d'un pouvoir d'échelle global supporte la*

[1144] M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit, 4*, Seuil, La couleur des idées, 2011, p. 353.

[1145] J.-C. SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif », *in* M.-A. FRISON ROCHE, Régulation, Supervision, Compliance, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 47.

[1146] C. CLERC, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 28.

[1147] *Ibidem*.

responsabilité de tous les effets de ce pouvoir »[1148]. Celui-ci permettrait à l'entreprise de participer « *à l'amélioration d'une partie de l'humanité en modifiant des comportements, y compris les leurs* »[1149]. Son utilité sociale est alors reconnue par le gouvernement français qui affirme une prise de conscience de la nécessité d'une responsabilisation des acteurs privés face à la mondialisation[1150]. L'entreprise pourrait ainsi devenir « *le nouveau vecteur de tempérament des excès de la mondialisation* »[1151] **(Chapitre 2)**.

[1148] M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit, 3*, Seuil, Couleur des idées, 2007, p. 274.

[1149] C. RENOUARD, *La responsabilité éthique des multinationales*, PUF, Éthique et philosophie morale, 2007, p. 187.

[1150] Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises, disponible en ligne : https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/entreprises-et-droits-de-l-homme/article/plan-national-d-action-pour-la-mise-en-oeuvre-des-principes-directeurs-des.

[1151] *L'entreprise objet d'intérêts collectifs*, N. NOTAT et J.-D. SENARD, rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, du travail, 9 mars 2018.

CHAPITRE 1 : LES CRITERES TENANT A LA FINALITE D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

185. L'étude des objectifs de la *compliance*. Prenant acte de son incapacité à poursuivre certaines infractions, le législateur investi l'entreprise de la réalisation d'objectifs d'intérêt général qu'elle sera mieux à même d'atteindre en étant « *sur le chemin de l'information* »[1152]. Les buts ainsi poursuivis constituent « *l'unicité* » des mécanismes de *compliance* réunis dans un droit téléologique[1153] **(Section 1).**

186. L'étude des moyens de la *compliance*. Afin d'atteindre la réalisation des objectifs dessinés en amont par le législateur, ce dernier investi l'entreprise de tâches qui pourraient relever des pouvoir publics : « *Les zones de responsabilité ne connaissent donc plus de frontières étanches* »[1154]. L'agent économique est ainsi transformé en « *agents de la légalité* » [1155] chargé de de s'auto-contrôler et de contrôler ses partenaires économiques **(Section 2)**.

[1152] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du droit de la compliance », juin 2017, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/.

[1153] *Ibidem*.

[1154] M. CAPRON, « L'économie éthique privée : La responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », Économie Éthique n°7, SHS-2003/WS/42, disponible en ligne.

[1155] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du droit de la compliance », art. cit.

SECTION 1 : LA POURSUITE D'OBJECTIFS D'INTERET GENERAL

187. La poursuite d'objectifs d'intérêt général. Les lois de *compliance* se distinguent par les objectifs d'intérêts généraux qu'elles imposent aux entreprises[1156]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche désigne ces objectifs comme des « *buts mondiaux monumentaux* » **(§1)**. Ces objectifs peuvent être les mêmes que ceux de la « *responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise* » entrainant une confusion entre les deux notions **(§2)**.

§1. LA NOTION DE BUTS MONDIAUX MONUMENTAUX

188. Les buts mondiaux monumentaux. La nature des buts mondiaux monumentaux **(A)** implique une grande diversité **(B)**.

A. La nature des buts mondiaux monumentaux

189. La nature des buts mondiaux monumentaux. Le droit de la *compliance* est un droit téléologique, c'est-à-dire déterminé par ses buts[1157] **(1)** qui sont mondiaux et monumentaux **(2)**.

1. Un droit téléologique

190. La pensée utilitariste du droit. Paul Amselek décrit la norme comme un outil mental : « *un outil c'est quelque chose de finalisé, d'instrumentalisé, quelque chose auquel une intention humaine sous-jacente a imparti une certaine vocation instrumentale* »[1158]. Le principe de cette finalité ou vocation instrumentale constituerait « *l'essence générique de l'outil* », c'est-à-dire de la norme[1159]. Cette idée que « *le droit se définit par sa fin* »[1160] constitue la pensée utilitariste dont le prolongement moderne est l'analyse économique du droit développée par l'école de Chicago. Elle repose sur le constat économique selon lequel « *le marché est imparfait* » nécessitant donc que la règle de droit corrige ses dysfonctionnements[1161]. Cette approche normative reprend à son compte le principe fondateur de la construction benthamienne : « *l'utilité générale doit être le principe du raisonnement en législation* »[1162].

[1156] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et personnalité », *Dalloz*, 28 mars 2019, n° 11, p. 604.
[1157] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 109.
[1158] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Collin, Le temps des idées, 2012, p. 60.
[1159] *Ibidem*.
[1160] M. VILLEY, *Philosophie du droit, t. 1, Définition et fins du droit*, Précis Dalloz, 4e éd., 1986, p. 45.
[1161] M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 10.
[1162] *Ibidem*.

En conséquence, la règle de droit n'a de sens que par son efficacité, constituant une variable économique qui doit être traité comme tel. Dans cette approche, le droit apparaît comme « *des instruments de politique économique entre les mains des pouvoirs publics* »[1163], animés par des principes qui lui sont extérieur comme la protection du consommateur pour le droit de la consommation ou le bon fonctionnement de la concurrence pour le droit de la concurrence. Prédéterminée, ces objectifs correspondent à la volonté du législateur.

191. Un droit guidé par ses buts. Si les buts ne sont, en principe, qu'un moyen de comprendre la règle de droit et restent extérieurs à celle-ci, le but est, au contraire, au cœur du droit de la *compliance*[1164]. Celui-ci articule, en effet, un ensemble d'instruments qui prennent « *leur sens par rapport à un but* »[1165]. En raisonnant directement sur les objectifs et finalités, « *la méthode téléologique renoue avec une forme de loi naturelle où les valeurs et les finalités importent plus que la lettre des textes* »[1166]. Les instruments de la *compliance* ne sont ainsi légitimes à représenter une contrainte que parce qu'ils concrétisent un but lui-même légitime. Ce but constitue des « *intentions animant des actes ou motivant de démarches ex ante, en amont des dommages que l'on souhaite éviter* » ainsi ils jouent un rôle « *de transmission à la postérité, non pas tant de souvenir de défaites que de volonté de victoire* »[1167]. Le droit de la *compliance* serait donc un droit téléologique puisque ce sont dans ces buts « *qu'est logée la normativité juridique de la Compliance* »[1168]. Les buts de la *compliance* fondent sa normativité en faisant passer la *compliance* d'une « *notion procédurale* » à la « *notion substantielle de Droit de la compliance* »[1169].

L'identification de ces buts permettra donc une unification de règles provenant de sources et de branches du droit différentes, donnant un sens à des techniques de *compliance* « *ensevelies sous des règlementations éparses* »[1170]. Monsieur Roland Drago avait ainsi démontré que les notions communes aux entités publiques et privées permettent une unification substantielle du droit indépendamment de la diversité institutionnelle et procédurale de celui-ci[1171]. En suivant

---

[1163] *Ibidem*, p. 15.

[1164] M.-A. FRISON-ROCHE, « But », Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/but/.

[1165] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et personnalité », art. cit.

[1166] M. MALAURIE-VIGNAL, « Les buts monumentaux du droit du marché – Réflexion sur la méthode », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 85-100.

[1167] G. BEAUSSONIE, « Droit pénal et compliance font-ils système ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 157-168.

[1168] M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », 22 juillet 2021, disponible en ligne ; 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*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 21-44.

[1169] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion », 16 septembre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/rapport-de-synthese-in-les-buts-monumentaux-radios/.

[1170] *Ibidem*.

[1171] *Ibid*.

le même raisonnement, les buts constituent l'unification substantielle de la masse réglementaire éparse que constitue la *compliance*, sans détruire la diversité des systèmes juridiques[1172].

2. Des buts mondiaux et monumentaux

192. Les buts de la compliance. Les buts qui déterminent le droit de la *compliance* sont « *monumentaux* » **(a)** et « *mondiaux* » **(b)**.

a. Des buts monumentaux

193. Des buts servant l'intérêt général. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche définit les « *buts monumentaux* » qui innervent la *compliance* comme des objectifs relevant de l'intérêt général, c'est-à-dire destinés à « *servir un autrui abstrait* » qui « *peut être le groupe social, la nature, l'avenir* »[1173]. L'intérêt général est une notion historiquement assez récente, puisque ce n'est qu'au XVIIIe siècle qu'elle est venue supplanter celle de « *bien commun* », à connotation plus morale et religieuse[1174]. Le Conseil d'État définit l'intérêt général comme « *l'expression de la volonté générale qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers* »[1175]. L'intérêt général exige donc le dépassement des intérêts particuliers, ce qui légitime le pouvoir[1176]. Monsieur Max Weber[1177] explique ainsi que les citoyens ne se soumettent aux décisions des gouvernants que parce qu'ils les jugent conformes à l'intérêt de tout un chacun, ce qui fonde la légitimité du pouvoir. C'est l'idée également soutenue par les philosophes du contrat social, notamment par Hobbes, Locke, Rousseau, pour qui « *on obéit à l'autorité publique car celle-ci procède de la volonté d'individu rationnel préférant se soumettre à une autorité symbole du bien public, expression de la volonté générale ou intérêt général* »[1178]. L'intérêt général est ainsi une notion qui rationalise le rapport gouvernant–gouverner, elle constitue le « *fondement, le but est la limite du pouvoir d'État* »[1179].

La notion d'intérêt général est plastique. Le commissaire du gouvernement Josse avait déjà mis l'accent sur la relativité de la notion en 1930 dans ses conclusions sous l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : « *ce qui n'est pas juste indispensable aujourd'hui pourra l'être demain* »[1180]. Cette plasticité implique donc que l'intérêt général évolue en fonction des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la

---

[1172] *Ibid*.

[1173] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et confiance », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre, Autour du droit bancaire et financier*, Joly éditions, Lextenso, décembre 2017, p.279-290.

[1174] M. SIRINELLI et J. SORIN, *Questions de droit public*, Ellipses, Optimum, 2007, p. 200.

[1175] *Réflexions sur l'intérêt général*, Conseil d'État, Rapport public, étude annuelle, 30 novembre 1998.

[1176] M. SAOUDI, *Leçons d'introduction au droit public*, Ellipses, Leçons de droit, 2015, p. 20.

[1177] M. WEBER, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, p. 102 et s.

[1178] M. SAOUDI, *op. cit*, p. 37.

[1179] F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Économica, 1986.

[1180] M. SIRINELLI et J. SORIN, op. cit., p. 200.

société[1181]. Les buts monumentaux sont ainsi très variés. Ils peuvent concerner la prévention des risques systémiques, la protection des droits fondamentaux, la préservation de l'environnement, la santé publique, la civilisation, l'éducation, etc. Si les « *monuments* » défendu par la *compliance* ne sont pas forcément nouveau, la lutte contre la corruption, par exemple, « *est vieille comme le droit* »[1182], ils sont nécessairement politiques, puisque déterminés par l'autorité publique, qui estime leur concrétisation indispensable[1183]. Le Professeur Frison-Roche les définit ainsi comme « *l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils n'ont pas la force d'assurer l'effectivité* »[1184].

Le Droit de la *compliance* connaît une extension de ses buts qui deviennent de plus en plus ambitieux. Cette extension est double. D'abord cantonnés à la sphère économique, voire financière, les buts de la *compliance* ne visaient que des secteurs très spécifiques comme la banque ou l'assurance. Ils s'étendent désormais au de-là de ces secteurs avec des ambitions éthiques[1185]. Par exemple lutter contre le terrorisme international, contre le travail des enfants, ou pour la préservation de la planète. Pour le professeur Marie-Anne Frison-Roche ces buts sont ainsi monumentaux « *tant leur but est immense* »[1186]. En second lieu, il ne s'agit plus d'appréhender le comportement des entreprises dans le seul ressort des frontières de l'État, mais pour le monde entier[1187].

b. Des buts mondiaux

194. Un « service public mondial ». Les buts de la *compliance* sont mondiaux. Ils ne se limitent pas aux frontières des États, mais visent des « *maux globaux* »[1188]. C'est par exemple le cas des « *crises systémiques* » financière ou climatique qui se diffusent sans considération des frontières[1189]. Il s'agit donc de gérer des situations « *globales* » et internationales pour lesquels le droit étatique classique a montré ses limites[1190]. Lorsque le système pertinent est international, les leviers juridiques classiques et nationaux sont en effets, tenus en échec, faute

---

[1181] *Réflexions sur l'intérêt général*, préc. ; N. LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », colloque du vendredi 6 octobre 2006, *l'intérêt général, norme constitutionnelle*, disponible sur le site du conseil constitutionnel.

[1182] G. BEAUSSONIE, art. cit.

[1183] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 45.

[1184] S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Dalloz, 2021, p. 29.

[1185] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », 14 avril 2017, disponible en ligne : http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la- complianc/.

[1186] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 29.

[1187] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », art. cit.

[1188] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », *D.* 2016, 1871 ; 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, Thèmes & commentaires, 2019, p. 13.

[1189] 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*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2022, p. 21-44.

[1190] K. FAVRO, « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », Légicom, 2017, p. 21.

pour les autorités publiques d'être elles-mêmes « *globales* »[1191]. L'absence de régulation publique internationale nécessite toutefois l'intervention de l'État par de-là ses frontières[1192]. Cette intervention s'appuie sur l'action de l'entreprise.

La loi vigilance, par exemple, impose à l'entreprise d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales, comportant « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »[1193]. L'utilité d'un tel dispositif est de faible intérêt dans un contexte interne car l'ordre juridique français dispose déjà de tous les outils pour appréhender l'atteinte aux droits humains ou à l'environnement[1194]. Ce dispositif prend, en revanche, toute son efficacité dans un contexte transnational lorsque les groupes multinationaux interviennent dans des pays de droit défaillant ou ineffectif. Il permet alors d'éviter qu'ils ne profitent d'un dumping législatif en les contraignant à prendre les mesures à la place des États dans lesquels ils opèrent. L'entreprise apparait désormais en charge d'un « *service public mondial* »[1195] en réalisant les choix politiques de l'État à travers la réalisation des buts monumentaux dont elle a désormais la charge[1196]. Elle contribue ainsi à l'évolution sociale, économique, et environnementale des pays en développement par la diffusion des buts monumentaux de la *compliance* au-delà des frontières de l'État. À titre d'exemple, le règlement général sur la protection des données est devenu un standard international et les entreprises l'appliquent non seulement sur le territoire européen, mais également sur d'autres marchés sur lesquels il n'a pas à être mis en œuvre. Dans cette perspective, l'État peut agir à l'international sans méconnaitre le droit international public qui empêche au nom de la souveraineté qu'un État ne développe sa normativité sur le territoire d'un autre : « *C'est une application indirecte, par le relais de l'entreprise, des normes posées par le droit français* »[1197].

Les buts mondiaux monumentaux constituent donc des objectifs relevant de l'intérêt général et ayant une portée mondiale, ce qui implique une grande diversité.

[1191] M.-A. FRISON-ROCHE, « Pour réguler l'alimentation, ne pas tout concevoir juridiquement en terme de marchés ; concevoir en terme de filière et en internaliser les buts dans les entreprises cruciales qui connectent l'amont et l'aval », 25 juin 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/pour-reguler-lalimentation-ne-pas-tout-concevoir-j/ ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », art. cit.

[1192] G. FARJAT, *op. cit.*, p. 149.

[1193] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.

[1194] J.-B. RACINE, « Le déploiement du devoir de vigilance dans un contexte transnational », *JCP E*, n° 31-35, 03 août 2023, 1241.

[1195] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », 30 juin 2018, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/.

[1196] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », art. cit.

[1197] J.-B. RACINE, art. cit.

B. La convergence de buts mondiaux monumentaux de nature diverse

195. La convergence de buts mondiaux monumentaux de nature diverse. Les « *buts mondiaux monumentaux* » sont de nature diverse **(1)**, mais semblent pourtant converger vers une conception humaniste de la *compliance* **(2)**.

1. Des objectifs de nature diverse

196. Les objectifs de nature diverse. La *compliance* vise des objectifs aussi divers que la responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordres **(a)**, la lutte contre la corruption **(b)**, contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme **(c)**, la protection des données personnelles **(d)**, de l'environnement **(e)**, la régulation des réseaux sociaux **(f)**, de l'intelligence artificielle **(g)**, la cybersécurité **(h)**, la lutte contre la déforestation **(i)**.

a. La responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordres

197. La responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordres. La mondialisation de l'activité économique a aggravé les incidences préjudiciables des activités commerciales pour les droits de l'homme, notamment pour les droits sociaux des travailleurs et pour l'environnement[1198]. Les grandes firmes délèguent, en effet, la plupart les activités de production primaire de la firme, notamment l'approvisionnement en matière première et la fabrication des produits, en ne conservant que les activités stratégiques, telles que la recherche[1199]. Monsieur Henry Ford disait ainsi qu'il ne créait jamais un atelier lorsqu'il avait un sous-traitant qui lui donnait satisfaction[1200]. C'est précisément au stade de la production primaire que des violations des droits de l'homme surviennent le plus souvent[1201]. Les statistiques de l'OIT recensent ainsi dans le monde environ vingt-cinq millions de personnes victimes du travail forcé dont certaines entreprises, publiques ou privées, ont bénéficié[1202]. Au cours de celui-ci, des êtres humains subissent une exploitation et des humiliations persistantes. L'OIT relève également que cent cinquante-deux millions d'enfants sont contraints à travailler dont soixante-douze millions dans des conditions dangereuses, par la violence, le chantage et d'autres moyens illégaux[1203]. Ces violations restent, la plupart du temps, impunies en raison de l'écran que forme la sous-traitance et la délocalisation devant la responsabilité de la société mère. La crise de la COVID-19 a mis en évidence la facilité avec laquelle certaines entreprises peuvent déplacer, à la fois directement et indirectement, les incidences négatives de leurs

---

[1198] *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, 2020/2129 (INL), p. 7.

[1199] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 94.

[1200] *Ibidem*.

[1201] *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, 2020/2129 (INL), p. 7.

[1202] *Ibidem*, p. 8.

[1203] *Ibid*.

activités commerciales vers d'autres territoires, en particulier hors de l'Union européenne, sans avoir à en répondre[1204].

b. La lutte contre la corruption

198. La lutte contre la corruption. La lutte contre la corruption est un but mondial monumental à la fois économique et éthique. Son coût pour l'économie mondiale est estimé à environ 2,6 billions de dollars américains par an[1205]. La corruption a, en effet, de nombreuses conséquences économiques : elle entrave le marché en créant des distorsions de concurrence entre les entreprises y ayant recours et les autres[1206] ; elle accroît le coût du commerce et de l'investissement à l'étranger pour l'entreprise[1207] ; elle facilite l'infiltration de groupes criminels dans l'économie nationale[1208] ; elle ralentit la croissance économique en affectant la confiance dans le marché nécessaire à l'investissement dans de nouveaux projets, les budgets prévisionnels deviennent alors hypothétiques ce qui mine les perspectives de développement. Il s'agit également d'un but monumental éthique. La corruption est, en effet, un crime qui compromet le développement et favorise les inégalités[1209]. À titre d'exemple, la corruption est la cause de l'augmentation du coût des projets visant à apporter de l'eau potable et l'assainissement autour du monde de près de quarante pour cent[1210]. Elle met également en péril la démocratie en affectant la confiance des citoyens dans le fonctionnement des institutions publiques[1211]. Une grande partie de la corruption dans les pays en développement implique ainsi que les personnes effectuent régulièrement des paiements pour accéder aux biens et services publics quotidiens tels que l'électricité, les permis de construire et les soins médicaux[1212]. Cette corruption quotidienne nuit à la santé mentale de la population[1213].

[1204] *Ibid*.

[1205] "The forgotten psychological cost of corruption in developing contries", The conversation, 14 mai 2021.

[1206] B. CAZENEUVE et P. SELLAL, « Vers un " Paquet Compliance Européen " », *RED*, n° 1, septembre 2020, p. 63.

[1207] P. MOULETTE, « Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption internationale », RED, n° 1, septembre 2020, p. 125 ; *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, 2021, p. 17.

[1208] B. CAZENEUVE et P. SELLAL, art. cit.

[1209] "The forgotten psychological cost of corruption in developing contries", The conversation, 14 mai 2021.

[1210] S. BOMMIER et C. RENOUARD, *L'entreprise comme commun, au-delà de la RSE*, Charles Léopold Mayer, 2018, p. 230.

[1211] B. CAZENEUVE et P. SELLAL, art. cit. ; S. BOMMIER et C. RENOUARD, *op. cit.,* p. 230 ; *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 17.

[1212] "The forgotten psychological cost of corruption in developing contries", The conversation, 14 mai 2021.

[1213] *Ibidem*.

c. Lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

199. Lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Monsieur Mairead McGuinness, commissaire chargé des services financiers, de la stabilité financière et de l'union des marchés des capitaux, a déclaré que « *le blanchiment de capitaux constitue une menace réelle et présente pour les citoyens, les institutions démocratiques et le système financier* »[1214]. Le blanchiment est un processus de dissimulation de l'origine criminelle de biens tendant à leur conférer une source apparemment licite[1215]. Il est essentiellement transnational puisqu'il concerne l'activité d'entreprises opératrices du commerce international en tant qu'instruments ou auteurs[1216]. Le blanchiment a un impact en termes d'intégrité du commerce international, de conduite des affaires, de risque de déstabilisation de la finance international, d'atteinte concurrentielle et démocratique, du fait de ses liens étroits avec la corruption et le terrorisme. L'argent est, en effet, une ressource essentielle pour les organisations terroristes, qui ont besoin de fonds pour couvrir les dépenses indispensables à leurs actions violentes[1217]. Le financement du terrorisme se fait via des moyens diversifiés, légaux, informels ou clandestins. Il est extrêmement difficile de détecter ces circuits financiers en constantes mutations, notamment grâce à l'évolution des technologies de paiement[1218].

d. La protection des données personnelles

200. La protection des données personnelles. La protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel est un droit fondamental reconnu par l'article 8 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[1219]. Ce droit fondamental est mis à mal par une augmentation substantielle des flux transfrontaliers de données à caractère personnel causés par le fonctionnement du marché intérieur, les technologies et la mondialisation[1220]. Ces trois facteurs sont à l'origine de l'émergence d'une nouvelle économie guidée par la donnée[1221] qui

---

[1214] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3690.

[1215] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Blanchiment », *in* M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE et E. CHEVRIER, Le Code de la compliance, 1ère édition, Dalloz, 2020, p. 585.

[1216] *Ibidem*.

[1217] *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme et son financement*, M. DJAFOUR, Centre de recherche sur le renseignement, Rapport de recherche n° 29, Septembre 2021.

[1218] *Ibidem*.

[1219] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 8, §1.

[1220] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 1, pt. 5 et 6.

[1221] C. ZOLYNSKI, « Compliance et droit des données personnelles », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN et J.-C. RODA, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 129.

engendre une perte de contrôle des personnes physiques sur les données les concernant et la difficulté des autorités de régulation à appréhender ces dérives[1222].

e. La protection de l'environnement

201. La protection de l'environnement. La Charte de l'environnement de 2005 reconnaît que l'environnement est « le patrimoine commun des êtres humains » et sa préservation, un intérêt fondamental de la Nation[1223]. À ce titre, la Charte reconnaît le droit à chacun de « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »[1224]. Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel consacre la protection de l'environnement comme un objectif de valeur constitutionnelle[1225]. Le législateur doit en conséquence assurer la conciliation de cet objectif avec l'exercice de la liberté d'entreprendre en tenant compte notamment « des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger »[1226].

f. La responsabilité des réseaux sociaux

202. La responsabilité des réseaux sociaux. Les réseaux sociaux ont révolutionné les modes de communication en offrant aux citoyens un support d'expression direct[1227]. Les opportunités offertes par ces nouveaux vecteurs de communication en font une place centrale dans l'accès à l'information et sa diffusion[1228]. Ces nouveaux modes de communication suscitent des abus de la part des utilisateurs auxquels les plateformes n'apportent pas de réponse satisfaisante, bien qu'elles soient en mesure de les prévenir et de les limiter grâce à leur fonction de structuration de l'information qui leur permet de contrôler la présentation et la mise en avant sélective des contenus[1229]. Lors de son audition devant la commission des affaires économiques et la commission des lois, Madame Frances Haugen, ancienne cadre de Facebook, a ainsi révélé que le réseau social a connaissance de son impact nuisible sur la population et notamment les enfants et adolescent, qu'il a les moyens de faire changer les choses, mais que cela va à

[1222] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 1, pt. 6.

[1223] LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005, p. 3697.

[1224] *Ibidem*, article 1.

[1225] Cons. const., déci. n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes, pt. 4.

[1226] *Ibidem*, pt. 6.

[1227] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux-Expérimentation Facebook », Mai 2019.

[1228] *Ibidem*, p. 9.

[1229] *Ibid*.

l'encontre de son intérêt économique qu'il fera toujours primer[1230]. L'insuffisance constatée des mécanismes de modération des réseaux sociaux et le manque de transparence du fonctionnement de leur plateforme justifient une intervention des pouvoirs publics. Leur irresponsabilité est par ailleurs favorisée par le service transfrontalier qu'ils offrent, ce qui rend les dommages causés par leur activité difficilement observable.

g. L'Intelligence artificielle

203. L'Intelligence artificielle. L'intelligence artificielle recouvre un large champ de technologies en évolution rapide[1231]. Il s'agit d'une application de l'économie fondée sur la donnée sur laquelle la croissance économique et le bien être sociétal actuel et futur de l'Europe reposent[1232]. En fournissant de meilleures prédictions, en optimisant les processus et l'allocation des ressources et en permettant la prestation de services personnalisés, le recours à l'intelligence artificielle peut produire des résultats bénéfiques sur les plans sociaux, environnementaux et économiques. Dans la compétition globalisée, la maîtrise de l'intelligence artificielle doterait les États d'un avantage compétitif[1233]. L'intelligence artificielle devient ainsi un enjeu de puissance qui déterminerait la position des pays les uns par rapport aux autres[1234]. Les gains de productivité sont déjà visibles pour les entreprises ayant implanté cette technologie dans leur fonctionnement[1235]. Le cabinet d'étude McKinsey estime ainsi que, d'ici 2030, l'intelligence artificielle pourrait apporter 1,2 % de croissance annuelle supplémentaire au niveau mondial[1236]. L'intelligence artificielle facilite, en effet, la collecte, le traitement et l'analyse de l'information. Dans une économie basée sur la donnée, elle est ainsi amenée à devenir incontournable pour la quasi-totalité des activités économiques[1237]. Les techniques qui rendent possibles les bénéfices socio-économiques de l'intelligence artificielle peuvent toutefois être à l'origine de nouveaux risques ou de conséquences négatives pour les personnes ou la société[1238]. Elles peuvent ainsi servir d'outils à l'appui de pratiques de manipulation, d'exploitation et de contrôle social[1239]. En conséquence, l'intelligence artificielle suscite une certaine méfiance des citoyens qui craignent d'être impuissants à défendre leurs droits et leur

---

[1230] Audition de Mme Frances Haugen par la commission des affaires économiques et commission des lois, mercredi 10 novembre 2021, vidéo disponible sur le site de l'assemblée nationale.

[1231] Proposition du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM(2021) 206 final, Exposé des motifs, 1.1 et pt. 3.

[1232] Livre blanc. Intelligence artificielle. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, COM (2020) 65 final, 19.2.2020, p. 2.

[1233] A. JEANDAT, « L'intelligence artificielle, nouvelle étape de la fracture numérique ? », Portail de l'IE, 16 fév. 2022, disponible en ligne.

[1234] *Ibidem*.

[1235] *Ibid*.

[1236] *Ibid*.

[1237] *Ibid*.

[1238] Proposition du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM(2021) 206 final, Exposé des motifs, 1.1 et pt. 4.

[1239] *Ibidem*, pt. 15.

sécurité, notamment face à l'asymétrie de l'information en matière de prise de décision algorithmique[1240]. Méfiance également des entreprises qui sont préoccupées par l'insécurité juridique[1241]. Ce déficit de confiance constituerait un frein à un recours plus généralisé à l'intelligence artificielle [1242]. L'Union européenne souhaite, en conséquence, adopter un cadre réglementaire fondé sur les valeurs fondamentales afin de gagner la confiance des consommateurs et des entreprises à l'égard de l'intelligence artificielle, et définissant les moyens de réduire au minimum les divers risques que l'intelligence artificielle peut engendrer[1243]. L'enjeu est d'accélérer l'adoption de cette technologie pour faire de l'Union européenne un acteur mondial de premier plan en matière d'économie d'innovation dans l'économie fondée sur la donnée et dans ses applications[1244].

h. La cybersécurité

204. La cybersécurité. La fiabilité des réseaux et systèmes d'information est essentielle aux fonctions économiques et sociétales[1245]. La gouvernance de l'espace numérique devrait relever d'une instance mondiale, le cyberespace étant sans frontière. Toutes les tentatives ont pourtant été vouées à l'échec ou connaissent un succès limité[1246]. Cette absence de gouvernance laisse le champ libre aux prédateurs[1247]. Ceux-ci ont compris qu'ils étaient libres d'agir sans prendre de risques. Les criminels n'ont, en effet, jamais été aussi proches de leurs victimes, bien qu'ils puissent agir de très loin, notamment depuis un État « cyber voyou »[1248] c'est-à-dire peu enclins à la coopération policière et judiciaire. Classé au cinquième rang des risques les plus importants en 2020, les cyberattaques ont augmenté de six cent pour cent depuis la pandémie de COVID-19 touchant à la fois le secteur public et privé[1249]. Les hôpitaux ont ainsi comptabilisé sept cent trente déclarations d'incidents en 2022, l'exemple le plus marquant restant la cyberattaque de l'hôpital de Corbeil-Essonnes. Le 20 août 2022, le groupe de pirates russophones Lockbit 3.0 génère une fuite de plus de onze gigaoctets de données personnelles dans le darknet. Il réclame également le paiement d'une rançon de dix millions de dollars contre les logiciels métiers, les systèmes de stockages permettant la gestion des patients mais aussi les systèmes d'imagerie qu'il a rendu inaccessible[1250]. Les citoyens sont les victimes indirectes de

---

[1240] Livre blanc. Intelligence artificielle. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, COM (2020) 65 final, 19.2.2020, p. 11.

[1241] *Ibidem*.

[1242] *Ibid*.

[1243] *Ibid*, p. 13.

[1244] *Ibid*, p. 2.

[1245] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016, pt. 1.

[1246] M. WATIN-AUGOUARD, « La cybersécurité, enjeu de la souveraineté à l'ère du numérique », Dalloz IP/IT, 2021, p. 130.

[1247] *Ibidem*.

[1248] *Ibid*.

[1249] E. BOUSSIN et J. SCHREIBER, « Retour sur les grandes cyberattaques en France en 2022 : quelles résolutions pour 2023 », 25 janvier 2023, disponible sur le Portail de l'intelligence économique.

[1250] *Ibidem*.

ces attaques puisque ce sont leurs données personnelles qui sont divulguées et leur accès aux soins entravés. Les entreprises ne sont pas non plus épargnées par ces attaques. La société Thales a par exemple constitué à deux reprises en 2022, la cible du groupe Lockbit 3.0. Ces derniers ont menacé la société contre rançons de divulgué des documents internes sensibles. Cette nouvelle tendance de vols et fuites de données sur le système d'information des entreprises ont ainsi pour but de déstabiliser l'entreprise afin qu'elle paie une rançon par peur des conséquences financières, réputationnelles et matérielles[1251]. Les grandes entreprises ne sont pas les seules cibles de ces attaques, les TPE et PME en font également les frais : cinquante pour cent d'entre elles font d'ailleurs faillite dans les six mois qui suivent[1252]. Les personnes physiques peuvent également être des victimes directes de ces attaques car la viralité des « *cybermalveillances* » favorise l'agrégat de gains modestes, mais aussi parce que le réseau permet à travers eux de rebondir sur des entreprises ou des institutions publiques[1253]. Les conséquences de ces attaques peuvent être lourdes allant de la paralysie d'un système à la perte irréversible des données de la structure en passant par l'usurpation d'identité[1254].

i. La lutte contre la déforestation

205. La lutte contre la déforestation. Entre 1990 et 2020, le monde a perdu quatre cents vingt millions d'hectares de forêts[1255]. Le moteur principal de ces processus est l'expansion agricole liée à la production de produits de base tels que soja, bœuf, huile de palme, bois, cacao et café, et de certains de leurs produits dérivés[1256]. En promouvant la consommation de produits « zéro déforestation » et en réduisant l'incidence de l'Union européenne sur la déforestation et la dégradation des forêts dans le monde, il devrait être possible de réduire les émissions de gaz à effet de serre et la perte de biodiversité[1257]. La lutte contre la déforestation et la dégradation des forêts aura également des retombées positives pour les communautés locales, notamment les populations les plus vulnérables comme que les populations autochtones qui dépendent fortement des écosystèmes forestiers[1258]. Assumer un haut niveau de protection de l'environnement constitue un objectif d'intérêt général reconnu par la Charte des droits

---

[1251] *Ibid*.
[1252] *Ibid*.
[1253] M. WATIN-AUGOUARD, art. cit.
[1254] J. EYNARD, « Cybersécurité », Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication, 2021, pt. 1.
[1255] « Pacte vert pour l'Europe: la Commission adopte de nouvelles propositions pour faire cesser la déforestation, innover dans la gestion durable des déchets et assainir les sols pour les êtres humains, la nature et le climat », Communiqué de presse de la Commission européenne, 17 novembre 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_5916.
[1256] *Ibidem*.
[1257] *Ibid*.
[1258] *Ibid*.

fondamentaux de l'Union européenne[1259]. Il s'agit ainsi de respecter les articles 2 sur le droit à la vie, 17 sur le droit de propriété et 37 sur la protection de l'environnement[1260].

2. La convergence des buts autour d'une conception humaniste

206. Une unification de la diversité des buts de la compliance autour d'une conception humaniste de la *compliance*. Les buts mondiaux monumentaux exposés précédemment visent à lutter contre des « *maux globaux* » qui portent atteinte aux intérêts particuliers de la France et de ses citoyens, mais également à l'intérêt général au niveau mondial. L'hétérogénéité des buts poursuivis rend toutefois difficile de tracer les limites de la *compliance*. Il fait naître le risque « *d'ajouter au brouillage de l'accumulation de textes l'incertitude des buts* »[1261]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche propose de construire une unification des buts de la *compliance* autour de « *la conception humaniste de la compliance* » et notamment « *de la prétention à rendre effective la dignité de la personne humaine* »[1262]. Le droit de la *compliance* « *met au centre de l'entreprise, des marchés et des échanges économiques internationaux, l'être humain* »[1263]. La lutte contre la corruption, contre le blanchiment de capitaux ou encore contre la déforestation impose une obligation de probité qui « *place la personne au centre des marchés* »[1264]. Les buts monumentaux protègeraient donc le « *futur de l'humanité* »[1265]. La dignité de la personne humaine permettrait ainsi de lier les buts économiques et éthiques, la protection de la Personne supposant en effet, le maintien des systèmes financiers et économiques[1266]. L'identification de la protection de la dignité humaine serait ainsi le « *marqueur d'une cohérence d'ensemble* ».

207. Conclusion §1. La détermination d'objectifs d'intérêt général mondial. Les buts mondiaux monumentaux sont des objectifs d'intérêts généraux au service des droits fondamentaux, dépassant les frontières de l'État, créant ainsi un « *service public mondial* ». Ces buts peuvent être les mêmes que ceux de la responsabilité sociétale de l'entreprise si bien

---

[1259] Proposal for a régulation of the european parliament and of the council on the making available on the Union market as well as export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing regulation, COM (2021) 706 final, p. 11.

[1260] *Ibidem*.

[1261] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion » », art. cit.

[1262] *Ibidem*.

[1263] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 29.

[1264] M.-A. FRISON-ROCHE, « Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du droit de la compliance par ses « buts monumentaux » », 13 nov. 2020, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/tous-les-outils-sont-bons-pour-atteindre-les-buts-/.

[1265] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », préc.

[1266] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion » », préc.

que les deux notions sont parfois assimilées. L'exigence d'une terminologie exacte propre à la linguistique juridique[1267] implique de distinguer les deux notions.

§2. L'EMANCIPATION DE LA NOTION DE « RESPONSABILITE SOCIALE DE L'ENTREPRISE »

208. L'émancipation de la notion de « responsabilité sociale de l'entreprise ». La définition de la *compliance* par sa finalité entraine une confusion avec la notion de responsabilité sociale de l'entreprise **(A)** nécessitant de préciser les critères de distinction **(B)**.

A. La confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « *compliance* »

209. La confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « *compliance* ». La confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « *compliance* » dû à la proximité de leurs objectifs **(1)** contrevient à l'exigence juridique de terminologies précises **(2)**.

1. L'objet de la confusion entre les notions de « compliance » et de « responsabilité sociale de l'entreprise »

210. L'objet de la confusion entre les notions de « *compliance* » et de « responsabilité sociale de l'entreprise ». La *compliance* et la responsabilité sociale de l'entreprise visent toutes deux à responsabiliser l'entreprise en lui confiant des objectifs d'intérêts généraux **(a)**. Le mouvement de « durcissement » de la responsabilité sociale de l'entreprise tend par ailleurs à accroitre la confusion **(b)**.

a. Des objectifs communs

211. La définition de la notion de « Responsabilité sociale des entreprises ». « *Respondere* » signifie en latin « répondre de » et sa racine *sponsio* signifie « promesse ». La Responsabilité sociale des entreprises consiste donc étymologiquement à assumer ses promesses[1268]. Cette notion, vise un mode de gouvernance de l'entreprise qui lui permet de se développer en tenant compte des impacts de son activité sur la société, l'objectif étant l'intériorisation de règles morales au sein de l'entreprise[1269]. Le mouvement de responsabilité sociale des entreprises nait donc de l'idée que « *l'Éthique dans les rapports marchands n'est ni*

[1267] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd. Dalloz, 2012, p. 253.

[1268] Y. QUEINNEC et W. BOURDON, « Entreprises transnationales et droits de l'homme, à la recherche des combinaisons normatives adaptées », Journal européen des droits de l'homme n° 1, 26 avril 2013.

[1269] *Ibidem*.

un luxe ni une perversion socialiste, encore moins une utopie humaniste : elle est la garantie incontournable qu'à moyen et long terme, les entreprises conserveront l'environnement social dont elles ont besoin pour continuer à innover, à créer de la valeur et des richesses, à fédérer autour d'elles des individus divers et variés (investisseurs, entrepreneurs, travailleurs, consommateurs, etc…) et à contribuer ainsi au progrès de la société »[1270]. La dimension éthique de l'économie privée est alors appréhendée comme une éthique de la responsabilité commandant que chacun réponde des conséquences prévisibles de ses actes[1271]. Cette idée fait naitre une responsabilité de l'entreprise qui va « *au-delà de leurs intérêts de base* »[1272] et qui consiste pour l'entreprise à prendre en compte les incidences négatives de son activité sur son environnement naturel et humain. Partant du postulat qu'« *il n'y a pas d'entreprise qui gagne dans un monde qui perd* », le temps serait venu d'une « *solidarité planétaire entre société et entreprise* »[1273] faisant de l'entreprise un « *sujet de la construction du monde* »[1274]. La responsabilité sociale des entreprises est également pensée à l'aune de l'impuissance des États à produire un droit de la responsabilité de ces entreprises transnationales comme un « *contre-pouvoir* »[1275] face aux entreprises qui ont dépassé les frontières des états, échappant à leur contrôle. La responsabilité sociale des entreprises permettrait alors de pallier l'impuissance de l'ordre juridique international en proposant des principes d'un droit universel. La responsabilité sociale de l'entreprise présente toutefois la caractéristique d'être volontaire. La Commission l'a ainsi définie comme « *l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* »[1276]. Ces initiatives volontaires en matière d'engagements sociaux, sociétaux et environnementaux font partie des tendances observées ces dernières années dans le monde international des affaires[1277]. Sous la pression de l'opinion publique face à la montée des inégalités, aux scandales financiers et aux abus dont elles sont la source, les entreprises cherchent, en effet, à gagner une nouvelle légitimité économique, juridique et morale en reprenant les objectifs du développement durable à leur propre compte[1278].

212. Une convergence des buts. Ces engagements constituent le lien entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et « *compliance* ». La *compliance* embrasse, en effet, les mêmes objectifs que ceux de la responsabilité sociale de l'entreprise. S'il n'y a pas de périmètre à la responsabilité sociale de l'entreprise, la norme ISO 26000 identifie néanmoins

---

[1270] B. PETIT, « Business and Human Rights : Think Different, Act Better », Revue internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires, 2 juillet 2015, n° 27, p. 9.

[1271] M. CAPRON, art. cit.

[1272] P. D'HUMIERE, *La nature politique de l'entrepreneur*, Michel de Maule, 2017, p. 50.

[1273] *Ibidem*.

[1274] *Ibid*.

[1275] F.G. TREBULLE et O. UZAN, *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 13.

[1276] Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM/2011/0681 final, Introduction.

[1277] OCDE, Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics, 2011, p. 8.

[1278] C. RENOUARD, op. cit., p. 32.

sept questions centrales : la gouvernance de l'organisation, les droits de l'homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, les principes et considérations (principe de précaution, principe du pollueur payeur …), la loyauté des pratiques (anti-corruption, concurrence…), les consommateurs et l'engagement sociétal (dont investissement responsable). Ces sept questions peuvent également concerner la *compliance*. La responsabilité sociale de l'entreprise et la *compliance* visent ainsi des valeurs globales, c'est-à-dire des valeurs philosophiques ou des croyances qui sont socialement souhaitables et qui ne sont pas limitées à un espace de souveraineté, mais, au contraire, universelles[1279]. C'est ainsi que les deux notions entretiennent des liens étroits, « *relations d'appartenance et d'apports réciproques* »[1280]. À la convergence des buts s'ajoute le mouvement de durcissement de la responsabilité sociale de l'entreprise.

b. Le « durcissement » de la responsabilité sociale de l'entreprise

213. Le « durcissement » de la responsabilité sociale de l'entreprise. Le diagnostic de l'inefficacité des mécanismes de responsabilité sociale de l'entreprise [1281], établissant que ce type d'initiatives ne peut servir d'outil pour « *tenir les entreprises responsables ou pour protéger les droits humains et obtenir réparation* »[1282], justifie une volonté normalisatrice des autorités publiques. Cette démarche est soutenue par les entreprises engagées, qui souhaitent se distinguer des entreprises opportunistes qui développent une utilisation marketing des engagements éthiques et des discours « *cosmétiques* » sur la citoyenneté qui décrédibilise la démarche de responsabilité sociale de l'entreprise[1283]. La création de dispositifs plus contraignants est désignée par la doctrine comme un « *durcissement de la RSE* »[1284] traduisant l'émergence de normes ayant pour objectif d'inciter l'entreprise à prendre en compte ses externalités négatives. Ces normes sont multisources : elles sont internationales, avec les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales[1285], la Déclaration

---

[1279] F.G. TREBULLE et O. UZAN, *op. cit*., p. 13.

[1280] J. TRICOT, « La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du droit », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 303.

[1281] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail* 2017, p. 380.

[1282] « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », juin 2021, disponible sur le site internet des amis de la Terre, p. 13.

[1283] Proposition de loi relative à la responsabilité civile des entreprises : pour une plus grande effectivité de la responsabilité sociale des entreprises, n° 3919, le 23 février 2021 ; K. MARTIN-CHENUT, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Droit social* 2017, p. 798.

[1284] F. LARONZE, « La réforme éludée de l'entreprise : une histoire sans fin », *in* F. LARONZE et C. NEAU-LEDUC (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, , Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, p. 31-64 ; K. MARTIN-CHENUT, art. cit. ; J. HUGUES-JENNETT et C. COSLIN, "From soft law to hard law", RJSP n ° 16, Janvier 2019, 12.

[1285] OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011 : https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm.

de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale[1286] , les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits fondamentaux des Nations Unies[1287] ; elles sont issues de dispositifs de certification comme la norme ISO 26000 ; elles sont européennes avec la déclaration de performance extrafinancière[1288] ; elles sont également nationales avec la modification du Code civil par la loi PACTE[1289]. Pour certains, cette normalisation de la responsabilité sociale de l'entreprise marque l'appauvrissement de ce système dont la richesse venait de la liberté des acteurs, du dialogue avec les organisations non gouvernementales et de l'appropriation des normes[1290].

La volonté nouvelle de réguler la responsabilité sociale des entreprises née du constat du rôle clef des entreprises dans l'atteinte d'objectifs d'intérêt général tend à rendre cette frontière entre responsabilité sociale des entreprises et *compliance* poreuse.

2. *La problématique de la confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance »*

214. L'exigence d'une terminologie précise. Le droit est d'abord dans nos sociétés un « *phénomène linguistique* »[1291]. Comme tout langage, le langage juridique est un instrument de précision et de communication de pensées[1292]. Il suppose notamment une linguistique pratique et spécialisée, qui exige un effort particulier pour dans le choix des termes essentiels à la compréhension des phénomènes juridiques eux-mêmes[1293]. Tout concept juridique doit ainsi être désigné par un terme propre et avoir un contenu précis et certain[1294]. Ce travail est celui de la doctrine à qui il incombe de rechercher le contenu substantiel des mots et d'élaborer si nécessaire la terminologie capable de traduire les concepts[1295]. Il faut que tous les juristes parlent le même langage[1296]. La lecture de nombreux travaux sur la *compliance* ou la responsabilité sociale de l'entreprise pourtant apparaitre une confusion certaine entre les notions de « *compliance* » et « responsabilité sociale de l'entreprise », qui sont parfois utilisées

---

[1286] OIT, Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5e édition, 2017, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf.

[1287] Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits fondamentaux, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 2011, disponible en ligne : https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf.

[1288] Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

[1289] LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (1), JOFR n°0119.

[1290] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1291] A. JEAMMAUD, art. cit.

[1292] J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit*., p. 253.

[1293] *Ibidem*.

[1294] *Ibid*.

[1295] *Ibid*.

[1296] *Ibid*.

de manière indifférenciée, comme synonyme l'une de l'autre. À titre d'exemple, la proposition de loi relative à la responsabilité civile des entreprises[1297] utilise le terme « *compliance* » comme un synonyme de celui de « responsabilité sociale de l'entreprise ». Monsieur Maymont développe l'idée que « *le développement de la RSE est donc corrélé à celui des normes de compliance dans la mesure où elles se confondent. Autrement dit, la RSE fait partie intégrante du droit de la compliance et participe à sa vitalité, d'autant que les préoccupations environnementales ne cessent de croitre. La RSE devient alors contraignante en ce qu'elle prend la forme de normes de compliance* »[1298]. Un autre auteur titre son article « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? »[1299]. Certains auteurs font également référence à la « *compliance choisie* »[1300] ou encore distinguent « *la compliance volontaire* » de « *la compliance subie* »[1301], si bien que les deux notions ont la même définition et qu'on ne peut plus les distinguer l'une de l'autre. Cette superposition des définitions fait perdre tout intérêt à la notion de « *compliance* » qui ne constituerait ainsi qu'une complexification inutile du droit. Elle ouvre également la porte à la critique de l'instauration d'obligations de *compliance* au motif qu'elles feraient doublon avec ce que pratiquent déjà les grandes entreprises au titre de la responsabilité sociale de l'entreprise[1302]. Il apparait donc nécessaire de rappeler les critères de distinction de ces deux notions, bien différentes.

B. Les critères de distinction entre les notions de « *compliance* » et de « responsabilité sociale de l'entreprise »

215. Les critères de distinction entre les notions de « *compliance* » et de « responsabilité sociale de l'entreprise ». La distinction entre les notions de « *compliance* » et de « responsabilité sociale de l'entreprise » repose d'une part sur la nature de la norme **(1)** et d'autre part, sur la volonté **(2)**.

1. Une distinction entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » fondée sur la nature de la norme

216. Une distinction fondée sur la nature de la norme. La responsabilité sociale de l'entreprise est constituée d'engagements pris volontairement par l'entreprise, « *c'est la*

[1297] Proposition de loi relative à la responsabilité civile des entreprises : pour une plus grande effectivité de la responsabilité sociale des entreprises, n° 3919, le 23 février 2021.

[1298] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & Sciences criminelles, 2022, p. 192.

[1299] L. ROGLEV, J. BECKHARD et V. BECKER, « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 67, 1er janvier 2012.

[1300] L. BENZONI et B. DEFFAINS, « Approche économique des outils de la compliance : finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 39.

[1301] A. DE LA COTARDIERE et E. HANNEZO, « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 117.

[1302] J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI, « Dans le prolongement de la RSE, l'objectif distinct de compliance ou conformité, définition et domaine », Le Lamy société commerciales, 132.

compliance éclairée non plus par l'autorité publique mais par l'entreprise : ce sont les mêmes règles que celles édictées par les Autorités publiques »[1303]. Si les objectifs de responsabilité sociale et de *compliance* semblent converger, la première n'a rien d'éthique. Elle ne constitue, en effet, qu'une « *rationalité économique* » : plutôt que de viser le profit immédiat, la stratégie de l'entreprise repose sur l'établissement d'une relation de confiance à long terme avec les investisseurs[1304]. L'entreprise accroît ainsi ses performances et établit un lien de confiance avec ceux qui l'enrichiront plus tard. La mise en œuvre d'une stratégie de responsabilité sociale ne serait donc aucunement désintéressée, or, d'après Kant, le propre de la valeur morale d'une action est le désintéressement[1305]. Une action éthique qui a un intérêt économique n'a donc aucune valeur morale[1306]. La responsabilité sociétale est ainsi une action communément conforme à la morale, mais sans aucune valeur morale ou éthique puisque dans l'intérêt de l'entreprise[1307]. Par ailleurs, la responsabilité sociétale interroge sur la place politique des entreprises, en effet « *si celles-ci se préoccupent du bien de la société du fait de leur activité économique, elles deviennent des acteurs politiques autonomes qui ont la capacité de définir le bien commun, indépendamment des débats de société* »[1308]. À cet égard, le Professeur Farjat a pu souligner l'instrumentalisation de l'éthique par les entreprises en ces termes : « *L'éthique peut être l'un des aspects des tendances hégémonique du système économique. Le système économique s'empare de l'éthique. Il entend élaborer sa propre morale. Ou, d'une façon plus pernicieuse, des pouvoirs privés économiques qui n'ont pas le pouvoir de dire le droit, utilisent l'éthique pour tenter de normaliser des comportements ou des structures, ou encore pour promouvoir leurs activités* »[1309]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche craint ainsi que la responsabilité sociétale ouvre le moyen aux entreprises de « *gouverner le monde* »[1310]. Pour éviter ce risque, elle prescrit de préserver la répartition classique des rôles de chaque acteur qui veut que les pouvoirs publics ordonnent et les opérateurs économiques exécutent. Il faut ainsi que les entreprises ne puissent pas « *déposséder les autorités politiques de leur apanage à formuler des buts monumentaux* »[1311]. C'est à ce titre que les auteurs de l'économie classique jugent également dangereuse la responsabilité sociétale de l'entreprise[1312]. Selon eux, « *la seule responsabilité de l'entreprise est d'être profitable pour ses actionnaires puisqu'un marché assure la convergence entre la maximisation de la valeur à long terme de l'entreprise et la*

[1303] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », 30 juin 2018, disponible en ligne.

[1304] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du Droit de la Compliance », art. cit.

[1305] A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ? Sur quelques ridicules et tyrannies de notre temps*, Albin Michel, 2e éd., 2009, p. 43.

[1306] *Ibidem*.

[1307] *Ibid*.

[1308] M. CAPRON, « La société à mission : une fausse bonne idée ? », *in* F. LARONZE, *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 107-122.

[1309] G. FARJAT, *op. cit*., p. 157.

[1310] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit rêvé de la Compliance », art. cit.

[1311] *Ibidem*.

[1312] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *L'entreprise dans la société. Une question politique*, La découverte, Grands repères, 2015, p. 40.

maximisation du bien-être social », ainsi « *la concurrence et le pouvoir autorégulateur du marché assurent spontanément une gestion efficiente des ressources et un résultat positif pour la collectivité* »[1313]. Les dirigeants d'entreprise n'auraient donc aucune légitimité pour définir l'intérêt général : « *les décisions de réduction des impacts environnementaux ou sociaux ne doivent être prises que si elles sont imposées par la loi* »[1314]. Le professeur Farjat conclu ainsi que « *bon nombre d'obligations éthiques devrait être juridiciser. Elles constituent du droit économique qui se cherche, du droit économique en formation* »[1315].

Seul l'État aurait la légitimé de fixer des buts reflétant l'intérêt général de la société[1316]. Ce processus implique, en effet, une médiation de l'État entre les intérêts qui s'expriment au sein de la société civile, de dépasser les intérêts égoïstes et de prendre en compte les générations futures[1317]. L'entreprise ne peut donc pas fixer de buts monumentaux, elle n'est pas « *politiquement légitime* » à le faire[1318]. Gunther Teubner avait ainsi protesté contre la tendance des entreprises de se présenter comme des « *néo-constituant* » mondiaux, ce qu'elles ne sont pas légitimes à être[1319]. En imposant des objectifs d'intérêts généraux définis par les pouvoirs publics aux entreprises, le droit de la *compliance* n'en appelle pas à la morale des agents économiques qui en sont les sujets, les entreprises devenant responsables au sens classique du terme[1320]. La *compliance* a un donc un objet éthique contrairement à la responsabilité sociale de l'entreprise.

2. La distinction entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » fondée sur la volonté

217. Une volonté exprimée ou imposée. La *compliance* est une volonté imposée à l'entreprise par l'autorité publique quand la responsabilité sociale est adoptée volontairement par l'entreprise[1321]. Les engagements éthiques adoptés par l'entreprise avec une « *spontanéité un peu provoquée* »[1322] par les contraintes du marché, sont aujourd'hui adoptées sous la contrainte de la menace juridique effective des lois de *compliance*. Dans son « *tryptique essentiel* » du dispositif de *compliance*, Monsieur Leeleea précise ainsi en premier point l'existence d'une norme et en deuxième point que « *la soumission à ces normes doit être réelle et non artificielle, et ne doit pas être guidée par l'objectif de promouvoir une image de*

[1313] *Ibidem*.
[1314] *Ibid*.
[1315] G. FARJAT, *op. cit*., p. 157.
[1316] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 9.
[1317] *Réflexions sur l'intérêt général*, préc.
[1318] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 9.
[1319] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion » », préc.
[1320] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », préc.
[1321] J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI, préc. ; M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.
[1322] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

marque »[1323]. Ce critère de distinction n'est pas remis en cause par le « durcissement de la RSE ». Si les normes de responsabilité sociale peuvent devenir contraignantes juridiquement, l'entreprise a, en effet, toujours le choix soit d'y souscrire soit de déterminer ses objectifs. L'entreprise n'est, donc jamais obligée d'atteindre un objectif d'intérêt général fixé par le législateur. Les acteurs privés soumis aux normes responsabilité sociale restent ainsi libres de choisir les objectifs à atteindre contrairement à la *compliance*. Cette dernière organise ainsi une « *interrégulation* », le législateur étant maitre des buts mondiaux monumentaux, quand le durcissement de la responsabilité sociale apparait comme étant une « *co-régulation* ». La responsabilité sociale laisse ainsi, toujours le choix à l'entreprise de s'engager et d'effectuer un calcul coût-bénéfice qui n'a rien d'éthique[1324]. De nombreuses entreprises et leurs lobbies cherchent ainsi à neutraliser les projets de loi fondés sur la *compliance* en proposant des « incitations positives » issues des modèles de responsabilité sociale des entreprises[1325]. C'est notamment le cas avec la proposition de loi européenne relative au devoir de vigilance[1326].

218. Conclusion §2. La singularité de la *compliance* par les buts qu'elle impose à ses sujets. La convergence des buts de la *compliance* avec les engagements de responsabilité sociale de l'entreprise est heureuse puisqu'elle accroît les chances d'effectivité dans la réalisation des buts, l'entreprise n'ayant que peu d'effort à faire pour se mettre en conformité[1327]. À la différence de la responsabilité sociale de l'entreprise, qui repose sur la volonté de l'entreprise de s'engager, la *compliance* « *internalise* » dans l'opérateur économique des buts mondiaux monumentaux déterminés par le législateur[1328].

[1323] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *Lutte anti-corruption-Gestion des risques et compliance*, Lamy, conformité, 2013, p. 87.

[1324] OCDE, Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics, 2001, p. 13.

[1325] « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », préc.

[1326] *Ibidem*.

[1327] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », préc.

[1328] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 47.

SECTION 2 : LA REALISATION D'OBJECTIFS D'INTERET GENERAL

219. Un dispositif de *compliance* mêlant prévention et répression. Le déficit d'efficacité constaté de la répression de la criminalité transnationale, et notamment des infractions d'affaires internationales, ainsi que « *la gravité de l'urgence* »[1329] de certains enjeux, justifient l'existence d'un dispositif complémentaire au droit pénal mêlant prévention[1330] **(§1)** et répression **(§2)**. La *compliance* constitue ainsi un « *phénomène d'adaptation du droit* »[1331].

§1. LA REGULATION *EX ANTE*

220. La régulation *ex ante*. Le développement des acteurs économiques dans un espace dépourvu de frontières nécessite l'élaboration d'une régulation de la mondialisation qui change la forme classique du droit[1332]. Le droit n'intervient plus *ex post*, mais *ex ante* : « *La répression, d'essence ex post, est transférée dans l'entreprise qui s'auto-surveille, s'auto-évalue, et s'auto-sanctionne ou/et s'auto-dénonce* »[1333]. Les lois de *compliance* délèguent ainsi aux entreprises la charge de lutter contre des maux globaux par la mise en œuvre d'un ensemble d'obligations structurelles préventives[1334] **(A)**. L'objectif est celui de la responsabilisation des acteurs privés par la mise en œuvre d'obligations structurelles efficaces et proportionnées à son activité et ses risques. L'entreprise doit démontrer que les mesures nécessaires à la poursuite des objectifs imposés ont été prises. Elle est ainsi responsable d'un « *but mondial monumental* » proportionnément à ses moyens **(B)**.

A. Des obligations structurelles de résultat

221. Les obligations structurelles de résultat de la *compliance*. La *compliance* organise la mise en place d'un système préventif internalisé par l'entreprise **(1)**. L'efficacité de la prévention s'apprécie par rapport à la certitude de la poursuite et *in fine* à celle d'une sanction revêtant une forme d'automaticité[1335] **(2)**.

[1329] G. BEAUSSONIE, « Droit pénal et compliance font-ils système ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, p. 157-168.

[1330] M.-E. BOURSIER, « La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance », *RSC* 2017, p. 465.

[1331] G. BEAUSSONIE, art. cit.

[1332] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1333] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et personnalité », Dalloz, 28 mars 2019, n° 11, p. 604.

[1334] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1335] M.-E. BOURSIER, art. cit.

1. Des obligations structurelles visant la prévention du risque

222. La prévention des risques. La *compliance* internalise dans l'entreprise des obligations structurelles **(a)** destinées à prévenir la commission d'infraction **(b)**.

a. L'internalisation d'obligations structurelles dans l'entreprise

223. La théorie de la procéduralisation du droit. La méthodologie de la *compliance* est inspirée de la théorie de la procéduralisation du droit[1336]. Elle serait liée au « *domaine des valeurs* » car elle permet aux acteurs de s'accorder sur la procédure à suivre pour dégager des normes juridiques, « *à défaut de s'entendre sur ce qui est intrinsèquement bon* »[1337]. « *La procéduralisation du droit est un phénomène sur lequel s'accordent tous les juristes, même s'ils l'interprètent et l'apprécient diversement* », écrit Alain Supiot[1338].

La procéduralisation désigne « *la conformité à une procédure, à la succession d'une série de règles fixées par avance* »[1339]. Elle s'entend comme « *la quête de légitimation de la décision par la procédure suivie pour la faire advenir au droit. Elle se substitue alors à la légitimation par la validité de la règle substantielle élaborée par le politique* » [1340]. Elle se distingue de l'institutionnalisation laquelle met en place une organisation sociale qui a vocation à durer dans le temps[1341]. Au contraire, la procéduralisation ne serait que le moyen d'atteindre un consensus. Ces deux notions sont cependant liées, car l'institution assoit sa légitimité sur un ensemble de procédures obligatoires et dès lors, la procéduralisation n'est que l'instrument de l'institutionnalisation. La procéduralisation désigne ainsi « *toute manière de procéder et de parvenir à un résultat juridique* »[1342]. La logique qu'elle met en œuvre permet donc de créer des règles juridiques procédurales destinées à compléter les normes traditionnelles ou substantielles[1343].

L'entreprise n'échappe pas à cette logique, notamment parce qu'elle est marquée par la volonté de concilier l'équité et le refus d'une règle autoritairement imposée[1344]. Certaines règles, en matière sociale, abondent en ce sens, notamment dans le cadre du licenciement pour motif économique, qui contraint l'employeur à mener un entretien préalable avec le salarié, une consultation des représentants des salariés, à l'information de l'autorité administrative, ainsi

---

[1336] M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la compliance ? », *in* M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE et E. CHEVRIER (dir.), Le Code de la Compliance, Dalloz, 2020, p. 7.

[1337] D. TERRE, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p. 223.

[1338] A. SUPIOT, *« Homo juridicus ». Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, 2005, p. 198.

[1339] D. TERRE, *op. cit*., p. 223.

[1340] M.-E. BOURSIER, art. cit.

[1341] A. BENNINI, « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com*., 2010, p. 499.

[1342] *Ibidem*.

[1343] *Ibid*.

[1344] *Ibid*.

qu'à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le volet économique de l'entreprise n'est pas en reste avec, par exemple, en matière de pratiques anticoncurrentielles l'émergence de procédures de règlement amiable qui favorisent la révélation du comportement illicite.

Aujourd'hui, la procéduralisation du droit serait devenue « *une nouvelle figure de l'interventionnisme étatique. À mi-chemin entre l'État libéral et l'État providence, la procéduralisation sert un interventionnisme minimaliste, laissant une marge décisionnelle aux acteurs privés* » [1345]. En matière de *compliance* notamment, le législateur décide de l'objectif à atteindre et des procédures à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs. Si les acteurs disposent effectivement d'une marge de manœuvre quant à la mise en œuvre effective des procédures en son sein, les procédures à mettre en œuvre sont impératives.

224. L'internalisation d'obligations structurelles dans l'entreprise. Les lois de *compliance* ont été construites sur un modèle identique. Elles déclinent une liste de mécanismes à instaurer dans l'entreprise. L'objectif est d'imposer un standard de conformité accru en contraignant les entreprises à s'inscrire dans une démarche coordonnée, cohérente et efficace de *compliance*[1346]. À titre d'exemple, la loi Sapin 2 ordonne la mise en place de huit mesures[1347], quand la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordres en ordonne cinq[1348]. Sont ainsi communément retrouvées l'obligation d'établir une cartographie des risques, de créer un dispositif d'alerte destiné au recueillement des signalements émanant d'employés, d'établir un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures de *compliance* mises en œuvre. Ces obligations structurelles marquent une intervention *ex ante* de la *compliance*.

b. L'intervention de la *compliance ex ante*

225. L'intervention de la *compliance ex ante*. L'*ex ante* consiste à poser des règles, des principes, à partir desquels s'ajusteront les comportements futurs, par opposition à l'*ex post* qui consiste à associer une solution trouvée à un problème repéré[1349]. La *compliance* agit ainsi en *ex ante* en imposant des obligations structurelles destinées à atteindre l'objectif fixé par la loi. Elle tranche avec les méthodes législatives classiques *ex post*, dite également « *réactive*s », qui consistent à apporter des solutions ponctuelles à des difficultés ponctuelles repérées, dans l'attente de l'apparition d'une nouvelle difficulté qui donnera lieu à un nouveau texte[1350]. Le droit ne fait alors que réagir face à des situations préoccupantes[1351], ce qui est « *une forme*

[1345] *Ibid*.
[1346] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.
[1347] 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 (1), article 17, II.
[1348] *Ibidem*, article 1.
[1349] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 29.
[1350] *Ibidem*, p. 10.
[1351] *Ibid*, p. 28.

d'échec »[1352] puisqu'il est la conséquence d'un manquement qui n'a pas pu être évité. Le meilleur moyen de lutter contre un phénomène criminel a toujours été d'éviter que l'infraction ne soit commise[1353], c'est l'objet de l'intervention *ex ante* de la *compliance*. Celle-ci est alors appréhendée comme « *un système concurrent de la norme pénale* » régulant le risque pénal par des « *dispositifs parapénaux* » établis en dehors du champs pénal[1354].

L'action *ex ante* est donc une action préventive organisée par des obligations structurelles qui sont des procédures de prévention et de contrôle légalement définies et destinées à minimiser le risque de réalisation de l'infraction. La loi vigilance impose, par exemple, à l'entreprise de prendre des « *mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »[1355]. Si le devoir de vigilance est mis en œuvre de manière effective, les entreprises bénéficieront à long terme d'une meilleure conduite de leurs activités, mettant l'accent sur la prévention plutôt que sur la réparation des préjudices[1356]. La loi Sapin 2 impose quant à elle « *de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence* »[1357].

En imposant à l'entreprise de mettre en œuvre en son sein un certain nombre d'obligations structurelles, la cible de l'application du droit se déplace de l'infraction vers les pratiques internes des entreprises. Cette nouvelle application du droit est proposée dans les travaux de l'OCDE[1358]. Elle s'appuie sur l'idée que la loi ne peut pas toujours définir précisément, par avance et d'une façon qui convienne pour toutes les entreprises, ce qu'est un comportement conforme à la loi. Il serait alors plus efficace d'intégrer la prise en compte des pratiques de mise en conformité et de gestion du risque dans l'approche réglementaire et de répression des infractions[1359]. Cette internalisation des procédures *ex ante* dans l'entreprise constitue alors une obligation de résultat.

[1352] W. FEUGERE, « La compliance, mode d'emploi », *in* M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE et E. CHEVRIER (dir.), Le Code de la Compliance, Dalloz, 2020, p. 7.

[1353] J.-Y. LOURGOUILLOUX, « Les nouveaux outils de prévention et de répression de la corruption », *in De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anti-corruption*, actes du colloque du 17 mai 2018, p. 31.

[1354] F. VESSIO, « Le groupe de sociétés entre éthique des affaires et responsabilité pénale – Du principe intangible de l'irresponsabilité du groupe au réalisme de la responsabilité de la société mère », *JCP E*, n° 3, 19 janvier 2023.

[1355] Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.

[1356] *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, 2020/2129 (INL), p. 7.

[1357] 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 (1), art. 17, I.

[1358] *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, préc., p. 97.

[1359] *Ibidem*, p. 94.

2. Une obligation de résultat

226. L'obligation structurelle de résultat. L'obligation structurelle est une obligation de résultat. En principe, cette notion ne concerne pas les charges qui pèsent sur un opérateur économique mais relèvent du régime de la preuve[1360]. Ce régime expose la responsabilité de l'entreprise qui y est assujetti en l'absence de résultat. L'obligation de résultat porte alors sur la démonstration par l'assujetti de la mise en place des obligations structurelles destinées à atteindre l'objectif poursuivi, plutôt que sur la garantie d'absence de réalisation de l'infraction.

Cette obligation est supervisée par des autorités de contrôles qui consacrent leurs efforts à imposer et surveiller la mise en œuvre de règles préventives[1361]. Leur rôle n'est pas de sanctionner des échecs lorsque les risques combattus se matérialisent, sans préjudice de l'action pénale dans cette circonstance[1362]. À titre d'exemple, le superviseur bancaire n'intervient pas lorsqu'il constate qu'un établissement financier a servi de canal pour véhiculer un financement utilisé pour des finalités illégales. Il intervient lorsqu'il constate qu'un établissement financier n'a pas mis en œuvre une action de prévention prescrite, indépendamment du fait de savoir si un comportement illégal implique cet établissement financier[1363].

Ces obligations structurelles issues de la *compliance* sont alors envisagées par certains auteurs comme un formatage imposé aux entreprises excluant toute possibilité de modulation des mesures en fonction des circonstances et des ressources de l'entreprise[1364]. De même, elles sont parfois réduites à « *une obligation de reporting améliorée* »[1365], utilisée par les entreprises pour « *se pré-constituer une défense de bonne foi* »[1366] et ne répondant aux exigences de la loi qu'« *en façade seulement* »[1367]. L'obligation de résultat de la mise en œuvre des obligations de *compliance* listées dans la loi n'est donc pas suffisante, elle doit se coupler à une obligation de moyen.

[1360] L. RAPP, « Conformité, proportionnalité et normativité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2022, p. 177-198.

[1361] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, préc., p. 17.

[1362] *Ibidem*.

[1363] *Ibid*.

[1364] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1365] S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, mai 2015, p. 77.

[1366] H. MUIR WATT, « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n° 4.

[1367] S. COSSART, T. BEAU DE LOMENIE, A. LUBRANI, « Extension du domaine de vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *RJSP* 2019, n° 16, 13.

B. Une obligation de moyen

227. Les obligations de moyen de la *compliance*. Plutôt que d'imposer exclusivement, par l'édiction d'une règle générale et impersonnelle, les nouvelles normes de comportement, comme cela est habituellement le cas, la loi se contente de définir un cadre et des objectifs en laissant les acteurs libres de définir les moyens et les règles pour s'y conformer et y satisfaire[1368]. Cette approche « *systémique* »[1369] répond à une logique de responsabilisation des entreprises **(1)** au cœur du devoir de vigilance **(2)** propre à la *compliance*[1370].

1. La responsabilisation des opérateurs économiques

228. La responsabilisation des opérateurs économiques. Dans le format strict défini par la loi, la délégation de *compliance* est générale[1371]. Basée sur un modèle de « droit réflexif » **(a)**, de « gouvernance » **(b)**, et de « corégulation » **(c)**, elle exige de l'entreprise une action proactive dans la mise en œuvre des obligations préventives de la *compliance*[1372].

a. Un « droit réflexif »

229. Le concept de responsabilisation. Jusque dans les années 2000, le mot « responsable » désigne soit une personne détenant un pouvoir de gouvernance et donc des responsabilités en tant qu'exécutif, qu'il s'agisse de personnes publiques ou d'un directeur dans l'organigramme d'une entreprise ; soit celui qui doit réparer ou subir une peine[1373]. À partir des années 2000, l'usage du mot se modifie sous l'influence du concept de « *l'entrepreneur responsable* » qui a une capacité à comprendre certains enjeux et à endosser le rôle d'acteur[1374].

Le concept de responsabilisation implique aujourd'hui « *de délaisser temporairement la perspective de celui qui détient un pouvoir pour interroger les fondements de l'obéissance chez celui qui y est soumis* »[1375]. Il s'inscrit à la fois dans une réflexion sur l'État et sur ce qui fonde l'obéissance à une norme, mais aussi sur son application effective et donc son efficacité. Le concept de responsabilisation se pose comme instaurant une nouvelle approche de l'obéissance fondée sur une liberté individuelle accrut[1376]. Madame Abadie distingue deux principales

---

[1368] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.
[1369] *Ibidem*.
[1370] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », octobre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/devoir-de-vigilance-lancement-dalerte-et-competiti/.
[1371] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.
[1372] *Ibidem* ; E. BRUNET, art. cit. ; A. DEBET, art. cit. ; G. PERONNE et E. DAOUD, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », *Dalloz IP/IT* 2017 p. 584.
[1373] P. ABADIE, préc., p. 39.
[1374] *Ibidem*.
[1375] *Ibid*.
[1376] *Ibid*.

manifestations de la responsabilisation conçue comme « *contrainte intériorisée* » : d'une part, celle du respect de la loi qui vient au secours de régulation privée *a priori* dépourvue de force obligatoire[1377], et d'autre part, celle fondée sur « *l'autonomie individuelle et l'idée de subjectivité qui renvoie à la compétence, l'apprentissage, l'implication, devenant un dispositif clé de stratégie d'entreprise* » et « *plus étonnamment de politique publique* »[1378]. C'est cette dernière acception de la responsabilisation qui fonde la *compliance*. Elle concerne les pratiques qui « *renvoient l'acteur à lui-même, qui entendent susciter chez lui un travail sur soi, des efforts de reconquête de soi, de maîtrise individuelle mais aussi de retour de la pensée, traduisant toute cette idée de subjectivité qui valorise la réflexivité du sujet* »[1379]. Il s'agit donc de politiques publiques qui encouragent l'implication, sollicitent la participation et font pression à l'autonomie. Les lois de *compliance* appellent ainsi les acteurs à mettre en œuvre de manière autonome des procédures destinées à atteindre les objectifs fixés par le législateur. Dans la mise en œuvre de ces procédures, les entreprises sont automnes, c'est-à-dire qu'elles doivent évaluer la conformité de leurs procédures sans nécessairement pouvoir compter sur une validation préalable des autorités leur garantissant la sécurité juridique, ce qui rompt avec la culture française, habituée à un régime déclaratif et à l'accomplissement de démarches *a priori*[1380].

Les théories cognitives et le développement de la connaissance dans le domaine des organisations ont parallèlement permis de souligner l'importance de l'autonomie et de la maîtrise individuelle dans le processus de responsabilisation du sujet. Qu'elle s'applique aux citoyens, aux salariés ou même à l'entreprise, la responsabilisation est « *conductrice d'obéissance* », mais suggère en outre « *un pouvoir sur soi, une retenue, et donc une conscience réflexive* » [1381].

230. La réflexivité dans la responsabilisation de l'entreprise. Relevant du champ de la philosophie, le terme de « *réflexivité* » désigne « *ce qui est propre à la réflexion, au retour de la pensée, de la conscience sur elle-même* »[1382]. Le concept de réflexivité renvoie ainsi « *au contrôle de l'entreprise par elle-même, à une intériorisation de la norme et une autolimitation constante conduisant à une nouvelle forme de normativité* »[1383]. Cette conception de la réflexivité est donc basée sur l'autonomie, la maîtrise individuelle et l'apprentissage visant à

[1377] On pense ici à la responsabilité sociale de l'entreprise et son mouvement de durcissement explicité dans le chapitre précédent.

[1378] P. ABADIE, préc., p. 39.

[1379] *Ibidem*.

[1380] D. KADAR, L. GAILLARD et S. ABDESSELAM, « Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des premiers bilans : une inspiration commune, des autorités de régulation qui ont pris leur essor et un contentieux nourri à venir », *RED*, septembre 2020, n°1, p. 94.

[1381] P. ABADIE, préc., p. 39.

[1382] *Ibidem*, p. 133.

[1383] Th. BERNS, « Si les entreprises ont une âme », *in* Th. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL (dir.), *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Penser le droit, 2007 p. 73.

rendre l'entreprise plus responsable en lui faisant endosser de nouvelles responsabilités sociétales[1384].

Selon Monsieur Teubner, le droit doit créer « *les conditions structurelles d'une conscience de l'entreprise* » en provoquant « *un contrôle réflexif* » de leurs propres comportements[1385]. Le droit réflexif correspond à un passage vers des normes juridiques conçues « *de façon à conforter systématiquement les structures de réflexion au sein de chaque système social et notamment du système économique* »[1386]. Ces mécanismes doivent contraindre l'entreprise à internaliser les conflits extérieurs et cela de manière à ce que les processus internes de décisions tiennent compte également des intérêts non économiques tels que celui des travailleurs, des consommateurs, ou de l'environnement. Le concept de réflexivité doit donc favoriser une capacité d'empathie à l'égard des autres systèmes, notion à l'origine de l'adjectif réflexif. C'est ainsi le cas des obligations de *compliance* et notamment de la cartographie des risques qui oblige l'entreprise à envisager toutes les incidences négatives de son activité et les politiques adéquates pour y remédier.

La norme réflexive est le produit d'une synthèse entre les deux tendances opposées de l'interventionnisme et du libéralisme[1387]. Elle a pour but de déclencher dans la conscience de chacun une réflexion propre, c'est-à-dire une autocorrection qui est elle-même guidée par les objectifs annoncés du législateur. Elle repose sur des mécanismes d'incitation et des procédures qui encouragent des acteurs visés à agir d'une certaine manière et les pousse à engager une réflexion interne sur le type de comportement à adopter à cette fin. L'État fixe les objectifs, mais partage la responsabilité de les atteindre avec les acteurs réglementés.

b. La théorie de la « gouvernance »

231. La théorie de la gouvernance. Le processus de responsabilisation de l'entreprise consiste à lui demander d'assumer de nouvelles responsabilités et plus spécifiquement des responsabilités autres que purement économiques[1388]. En somme, la responsabilisation de l'entreprise implique « *le rétablissement des liens unissant jadis l'entreprise et son environnement extérieur* » dépassant la division hermétique entre espaces publics et espaces marchands, c'est-à-dire entre le politique et l'économique[1389]. La perméabilité de la sphère économique et de la sphère politique affecte les méthodes traditionnelles de régulation dans un contexte de mondialisation qui voit l'accroissement de la puissance des entreprises de la société civile et corrélativement la diminution de la capacité régulatrice des États-nations. De ce

---

[1384] P. ABADIE, préc., p. 133.
[1385] G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, 1996.
[1386] P. ABADIE, préc., p. 189.
[1387] *Ibidem*.
[1388] *Ibid*, p. 141.
[1389] *Ibid*.

nouveau rapport de force émerge un modèle d'action publique basé sur une ouverture des processus décisionnels et désigné par le terme de « *gouvernance* »[1390].

Dans sa dimension instrumentale, « *la gouvernance vise à créer un environnement décisionnel basé sur des procédés souples et flexibles qui viennent compléter l'architecture plus rigide du modèle classique de gouvernement* »[1391]. Aux prémices de la gouvernance réside, en effet, « *le constat d'une certaine inefficacité des outils juridiques classiques frappés par le formalisme, l'uniformité et la rigidité du droit. Marquée du sceau de l'unilatéralité et de la généralité, la réglementation se révèle inadaptée face à la diversité et la complexité de certaines situations* » [1392]. L'État tente ainsi de recourir à des procédés plus souples, en complément et non en substitut, du droits classiques. Ces procédés sont, par exemple, les codes de conduite, les normes techniques, et autres standards de *reporting* qui relèvent principalement de l'a-juridique ou de l'extra juridique, mais qui sont appréhendés en combinaison avec des instruments classiques de réglementation. Ces nouvelles normes sont alors « *enchevêtrées, indissociable, et partie intégrante du système juridique existant* »[1393]. C'est ce qu'observe le Professeur Chevalier en soulignant que le droit de la gouvernance ne saurait être perçu comme un substitut aux droits classiques et en affirmant que le modèle de la gouvernance associe selon des modalités infinies droits durs et droits mous[1394]. Pour ce faire, les instruments de la gouvernance sont conçus pour être « *adaptables, temporaires et expérimentaux* »[1395]. L'adaptabilité et la révision permanente des instruments de la gouvernance s'exprimeraient dans le rôle du droit de promouvoir des pratiques qui invitent les entités régulées à réviser et améliorer leurs performances. L'objectif de la réglementation serait alors d'amener ses destinataires à s'évaluer, se remettre en cause et s'adapter. La loi Sapin 2, par exemple, exige que l'entreprise mette en place « un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre »[1396]. L'adaptabilité des entités régulées constitue ainsi l'objectif de la règle de droit qui prend acte de l'irrémédiable avance que détiennent les entreprises en termes de connaissances technologiques et économiques et de maîtrise de l'information sur le reste de la société[1397]. Il s'agit donc que les acteurs économiques obéissent à des règles qui, elles-mêmes, les invitent à être toujours plus performants[1398].

[1390] *Ibid*.
[1391] *Ibid*.
[1392] *Ibid*.
[1393] *Ibid*.
[1394] J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 189-207.
[1395] P. ABADIE, préc., p. 141.
[1396] 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 (1), article 17, 8°.
[1397] P. ABADIE, préc., p. 141.
[1398] *Ibidem*.

c. Une « corégulation »

232. La « corégulation ». La corégulation renverrait à la traduction du concept de gouvernance dans les termes des théories de la régulation[1399]. D'abord utilisé en 1998 par le Conseil d'État français dans un rapport intitulé « Internet et les réseaux numériques » pour désigner le nouveau modèle normatif applicable à la régulation d'Internet, il a été repris par l'Union européenne dans le contexte de ses efforts visant à améliorer son environnement législatif[1400]. En vertu de l'accord interinstitutionnel entre le parlement, le conseil et la commission « mieux légiférer », la « corégulation » désigne le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine, notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations[1401]. Il ressort de cette disposition que la « corégulation » renvoie à l'exécution par des acteurs privés d'un acte communautaire préalablement adopté par les instances de l'Union européenne qui pose des objectifs[1402]. En raisonnant par analogie, la *compliance* serait donc un système de corégulation par lequel le régulateur détermine des objectifs à atteindre pour des opérateurs économiques en charge de déterminer les moyens d'atteindre ces objectifs et bénéficiant à ce titre d'une délégation de « *certains pouvoirs normatifs* »[1403]. Les instruments d'autorégulation des acteurs privés sont encouragés, puis consolidés par les institutions, matérialisant alors une corégulation[1404] mobilisée dans l'obligation de vigilance.

2. L'obligation de vigilance

233. L'obligation de vigilance de la *compliance*. La *compliance* est le reflet d'un processus d'« *internormativité* »[1405] inspiré de la notion de « *due diligence* » **(a)**. Son cheminement de la sphère internationale à la sphère nationale française innerve les normes de *compliance* **(b)**.

a. La notion internationale de *due diligence*

234. La notion internationale de *due diligence*. Les Principes directeurs des Nations Unies ont instauré la première norme mondiale en matière de *due diligence* à travers un cadre non contraignant permettant aux entreprises de traduire dans les faits la responsabilité qui leur

---

[1399] *Ibid*, p. 191.
[1400] *Ibid*.
[1401] Official Journal of the European Union, C 321, 31 december 2003, pt. 18.
[1402] P. ABADIE, préc., p. 191.
[1403] W. MAXWELL et S. TAËB, « L'accountability, symbole d'une influence américaine sur le règlement européen des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT* 2016 p. 123.
[1404] C. CASTETS-RENARD, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 11.
[1405] K. MARTIN-CHENUT, art. cit.

incombe de respecter les droits de l'homme[1406]. Par la suite, d'autres organisations internationales ont élaboré des normes fondées sur les Principes directeurs des Nations Unies retenant le terme de « *diligence* », associé ou non au terme « *raisonnable* », ou « *devoir de vigilance* »[1407]. L'ensemble de ces standards renvoie à une même exigence et aboutit à la reconnaissance d'un corpus de normes internationales de comportement opposables à toutes entreprises, quels que soient son secteur d'activité, sa taille ou les difficultés d'application dans certains pays[1408].

235. La notion de « *due diligence* » dans les Principes directeurs des Nations unies. La notion de « *due diligence* » émerge dans les travaux lancés par John Ruggie menant à l'adoption en 2011 des Principes directeurs des Nations unies. Ces derniers entremêlent responsabilité étatique et économique autour de trois piliers : l'obligation pour les États de prévenir toute violation aux droits de l'homme ; l'obligation pour l'entreprise de respecter les droits de l'homme ; la nécessité de prévoir des voies de recours effectives pour les victimes[1409]. Le deuxième volet du triptyque de John Ruggie tient en l'obligation de « *respect* » pesant sur les entreprises en matière de droit de l'homme et notamment de l'étendue de cette obligation en s'appuyant sur la notion de « *due diligence* »[1410]**.**

La traduction française littérale de ce terme est celle de « diligence raisonnable ». Elle est définie par le Principe 17 des Principes directeurs des Nations Unies comme un processus d'évaluation des incidences négatives de l'activité de l'entreprise sur les droits de l'homme et un devoir de prendre des mesures pour y remédier[1411]. Il s'agit pour l'entreprise « d'identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels qui résultent de ses décisions et activités » [1412].

Les principes directeurs préconisent aux États de « montrer aux entreprises la voie à suivre pour respecter les droits de l'homme » en leur indiquant les « résultats escomptés » et en leur conseillant « des méthodes adaptées »[1413]. Il s'agit donc de définir l'objectif à atteindre et les

---

[1406] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 17.

[1407] Article 2.4, ISO 26000.

[1408] I. CADET, « L'"ISO 26000 Washing", un risqué lié au statut de la norme 26000 », *Revue de l'organisation responsable*, 2015, vol. 10, p. 16-36.

[1409] J. HUGUES-JENNETT et C. COSLIN, "From soft law to hard law", *RJSP*, janvier 2019, n ° 16, 12.

[1410] B. FASTERLING, « UN Guideling Principles on Business and Human Rights- Implications for Human Rights Risk Management », *Revue international de le Compliance et de l'éthique des affaires*, 2 juillet 2015, n° 27, p. 20 ; K. MARTIN-CHENUT, art. cit. ; J. HUGUES-JENNETT et C. COSLIN, art. cit.

[1411] United Nations Human Rights, Office of High Commissioner, The Corporate Responsaibility to Respect Human Right : An Interpretative Guide, 2012, p. 6 ; Y. QUEINNEC et W. BOURDON, « Entreprises transnationales et droits de l'homme, à la recherche des combinaisons normatives adaptées », *Journal européen des droits de l'homme*, 26 avril 2013, n° 1.

[1412] Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 2011, p. 5.

[1413] *Ibidem*.

méthodes à mettre en œuvre pour y parvenir. Pèse ainsi sur l'entreprise une obligation de moyen qui doit prendre toutes les mesures appropriées pour réaliser un objectif déterminé[1414]. Les moyens déployés doivent être proportionnels à la taille, le secteur, le cadre de fonctionnement et la structure de l'entreprise, mais également à ses incidences négatives sur les droits de l'homme[1415]. L'entreprise doit ainsi mettre en œuvre des actions concrètes pour limiter les externalités négatives de ses activités sur les droits de l'Homme, telles que l'établissement d'une cartographie des risques, la définition de politique de lutte contre ces risques et de contrôle de l'efficacité de ce processus. Cette logique de cohabitation entre norme étatique et autorégulation est encouragée par le cadre de référence des Principes directeurs des Nations unies qui recommande aux États de recourir au *Smart Mix*.

Le *Smart Mix* est un « *écosystème public/privé impulsé par les États et mêlant régulation traditionnelle, incitation à l'autorégulation ou à la corégulation et soutien aux initiatives* »[1416]. Les États obligent les entreprises à agir tout en leur permettant de s'inscrire dans une démarche active et appropriative en faveur de la compétitivité. Le *Smart Mix* est une méthode combinant mesures contraignantes et volontaires ainsi qu'une démarche préventive pour anticiper la survenance du risque.

236. Le processus de *due diligence* de l'OCDE. La notion de *due diligence* est reprise par l'OCDE dans son guide de 2018 à destination des entreprises. Elle tend à inciter les entreprises à adopter un comportement préventif[1417] grâce à des dispositifs de gestion des risques. La *due diligence* implique néanmoins un changement de perspective dans la gestion des risques de l'entreprise. L'entreprise ne doit plus simplement se préoccuper des risques qui la menacent directement comme sa position sur le marché vis-à-vis de ses concurrents ou sa réputation. Elle doit envisager la question des risques d'un point de vue extérieur[1418], c'est-à-dire les risques liés aux impacts négatifs de son activité sur l'environnement ou la société. L'OCDE identifie ces risques comme ceux « *d'impacts négatifs sur les travailleurs, les droits de l'Homme, l'environnement, la corruption, les consommateurs et la gouvernance d'entreprise liés à leurs activités, à leur chaîne d'approvisionnement et à leurs relations d'affaires* »[1419]. Ce n'est pas simplement une nouvelle difficulté pour l'entreprise, mais c'est une démarche préventive qui peut aider l'entreprise à créer de la valeur en identifiant des

---

[1414] B. LOEVE, « " Due diligence " et " sphère d'influence " dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2010, n° 3, dossier 16 ; B. PEREIRA, « ISO 26000, Due diligence, sphère d'influence et Droits de l'Homme », *Revue de l'organisation responsable*, n°2, 2014, p. 60-75.

[1415] Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 2011, p. 5.

[1416] R. FAMILY, « De l'art de mixer intelligemment », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, décembre 2020, n° 6, p. 1.

[1417] B. PEREIRA, art. cit.

[1418] *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, 2018, p. 18.

[1419] *Ibidem*, p. 5.

moyens de réduire les couts, améliorer la compréhension du marché et des sources d'approvisionnement stratégiques[1420].

Le Guide de l'OCDE décrit un processus de diligence en six étapes dont la mise en œuvre dépend directement de l'entreprise et de son activité. L'entreprise doit en déterminer le contenu. Les mesures préconisées ne doivent pas être considérées comme « *une liste de cases à cocher* »[1421], mais doivent être intégrées par l'entreprise qui doit les adapter. C'est un processus dynamique, c'est-à-dire continu et évolutif.

237. La *due diligence* dans la norme ISO 26000. La norme ISO 26000, dans sa version française, traduit le terme de « *due diligence* » en « *devoir de vigilance* »[1422]. Elle le définit comme « *une démarche globale et proactive d'identification, visant à éviter ou atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation. Le devoir de vigilance peut également conduire à influencer le comportement des autres, lorsque l'on constate que ceux-ci sont à l'origine de violations des droits de l'Homme ou autres violations, dans lesquelles l'organisation pourrait être compromise* »[1423].

Le caractère facultatif de ces instruments nuit à leur efficacité et leurs effets s'avèrent limités. Un nombre restreint d'entreprises, en effet, appliquent volontairement le devoir de vigilance en matière de droits de l'homme dans le cadre de leurs activités et de leurs relations d'affaires[1424]. Les principes directeurs des Nations unies encouragent, en conséquence, les États à adopter des obligations juridiques de *due diligence* à destination des entreprises[1425]. Cette notion de *due diligence* innerve les lois de *compliance* française qui imposent un devoir de vigilance aux entreprises assujetties.

b. Le devoir de vigilance dans la *compliance*

238. L'action du sujet de la *compliance* guidée par les « buts mondiaux monumentaux ». Les obligations structurelles de *compliance*, désignées par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme les « *outils de la compliance* »[1426] forment un système. L'unité de ce système est puisée dans les « *buts mondiaux monumentaux* » que tous ces outils

---

[1420] *Ibid*, p. 18.
[1421] *Ibid*, p. 14.
[1422] K. MARTIN-CHENUT, art. cit.
[1423] Norme ISO 26000, article 2.4.
[1424] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 17.
[1425] B. FASTERLING, art. cit.
[1426] M.-A. FRISON-ROCHE, « Décrire, concevoir et corréler les outils de la compliance, pour en faire un usage adéquat », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 3.

servent : tous les outils de la *compliance* sont configurés par ces buts[1427]. L'entreprise doit utiliser ces outils pour atteindre les « *buts mondiaux monumentaux* » fixés par le législateur. La finalité de la *compliance* est ainsi de modeler le comportement de l'entreprise pour qu'elle agisse en adéquation avec ces buts[1428]. Elle a d'autant plus de chance de succès qu'elle épouse l'intérêt de l'entreprise, son image, sa réputation[1429] et qu'elle lui laisse toute latitude pour agir.

239. Une flexibilité source d'efficacité. La loi de *compliance* oblige l'entreprise à atteindre un but mondial monumental fixé par le législateur grâce à la mise en œuvre de procédures qui lui sont imposées. La *compliance* n'est donc pas un engagement volontaire de l'entreprise. Elle reste pourtant un instrument souple en laissant l'entreprise libre d'adapter ses moyens d'action. Dans le cadre strictement défini par la loi, l'entreprise est autonome. Le principe de liberté de l'entreprise quant aux moyens de *compliance* est ainsi rappelé par l'Agence française anticorruption dans sa décision du 4 juillet 2019[1430]. Les acteurs privés acquièrent ainsi une autonomie fonctionnelle et un devoir d'initiative les contraignant de se muer en régulateurs de leur propre activité[1431].

L'internalisation des contraintes au sein de l'entreprise répond au besoin de flexibilité du secteur économique, qui serait un facteur d'incitation au respect de la règle de droit[1432]. La prolifération des normes est, en effet, une source de transgression notamment lorsque la règle est généraliste et peu adaptée aux situations singulières des entreprises[1433]. Adam Smith, par exemple, était opposé à la réglementation du marché, convaincu que si les lois sont imposées au marché, elles seront toujours détournées par les acteurs économiques à leur avantage[1434]. L'histoire ne lui donna pas tort : avec un peu d'inventivité et de mauvaise foi, l'entreprise peut respecter la législation tout en ayant un comportement objectivement inadmissible selon une stratégie bien connue tendant à faire primer la lettre du texte sur son esprit[1435]. L'histoire nous montra aussi que les marchés non réglementés produisent des conduites amorales et déstabilisatrices[1436]. La *compliance* a donc fait naître un nouveau modèle qui répond au besoin de flexibilité du secteur économique tout en encadrant ses pratiques.

[1427] *Ibidem*.

[1428] C. GRANIER, « L'originalité normative de la compliance by design », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 267.

[1429] P. SELLAL, « Les vertus de la compliance : une réponse possible aux faiblesses de l'Union européenne ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 53.

[1430] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », art. cit.

[1431] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1432] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.

[1433] P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, Collection U, 2014, p. 46 et sv.

[1434] *Ibidem*.

[1435] C. CLERC, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 28.

[1436] P. LASCOUMES et C. NAGELS, op. cit., p. 46 et sv.

La marge d'appréciation dont dispose l'entreprise dans la mise en œuvre des obligations structurelles vise ainsi à garantir une meilleure mise en œuvre de la règle de droit. Cette dernière devient, en effet, plus ciblée et adaptée à son objet et destinataire[1437]. Définir la nature des obligations sans chercher à détailler les modalités permet une mise en œuvre graduelle des obligations avec une capacité pour le superviseur à définir et affiner progressivement les obligations imposées afin notamment de pouvoir s'adapter aux mutations des acteurs économiques et de leurs pratiques[1438].

240. Une démarche active et appropriative. Jusqu'ici, la constante fondamentale de la règle de droit reposait sur son abstraction et sa généralité de façon à garantir l'égalité devant la loi[1439]. La *compliance* abolit cette uniformité[1440]. Elle renvoie, en effet, les sujets de droit à l'élaboration de leurs propres règles en les laissant définir les termes de leur programme de *compliance* : « *à chacun son droit* » [1441]. Bernard Teyssié souligne ainsi que le dispositif de la loi vigilance prend appui tout autant sur les dispositions légales que sur la volonté des entreprises de mettre en œuvre une politique dont l'obligation de vigilance est l'expression par la mise en œuvre d'un plan de vigilance[1442]. Cette délégation de l'élaboration de la règle au sujet auquel elle s'applique créerait une double valeur, à la fois éthique et de sécurité juridique[1443]. On sait, en effet, que « *le processus d'une règle comprise et acceptée est un facteur d'effectivité de la norme* » : « *Plutôt que de se limiter à la pédagogie du bien-fondé des règles qu'il adopte, le législateur comprend progressivement qu'il a intérêt à faire partager la culture et les objectifs qui l'animent* »[1444].

La *compliance* conduit par ailleurs à une inversion du mécanisme traditionnel de la règle de droit qui comprend des principes, des exceptions et des conditions[1445]. La *compliance*, en effet, ne prend pas la règle pour point de départ afin de vérifier s'il existe des causes de dérogation justifiées par la spécificité des situations, elle part au contraire de la particularité des contextes pour les faire converger vers un objectif[1446]. Par son adaptation à la diversité des configurations et des risques, elle assure ainsi une meilleure efficacité. La *compliance* est donc « *une régulation instanciée qui décentralise la production normative afin de la rendre plus efficace* »[1447]. Pour certains auteurs cela démontre une finalité économique de la règle de droit « *terrain d'élection de l'utile et du pragmatique* » à l'opposé de la « *finalité de justice* » auquel

---

[1437] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.
[1438] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, préc., p. 18.
[1439] L.-M. AUGAGNEUR, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, 5 octobre 2017, 1522.
[1440] *Ibidem*.
[1441] *Ibid*.
[1442] B. TEYSSIE, « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D*. 2021, chron., p. 1823 et s.
[1443] L.-M. AUGAGNEUR, art. cit.
[1444] *Ibidem*.
[1445] *Ibid*.
[1446] *Ibid*.
[1447] *Ibid*.

le droit s'assignerait « *en s'appuyant sur des concepts rigoureux et prévisibles* »[1448]. La « *profonde indétermination* » de la règle juridique ainsi conçue créerait « *une inquiétante incertitude juridique* »[1449] de nature à provoquer « *le désarroi du juriste* »[1450].

La *compliance* rompt ainsi avec la culture juridique française classique basée sur le modèle de la légalité[1451]. Ce modèle organise une confrontation verticale des individus avec la loi qui prescrit une conduite sous la menace d'une sanction. La *compliance* ne repose plus uniquement sur une confrontation verticale des individus et de la loi, mais sur la création d'un environnement horizontal au sein de l'entreprise[1452]. La mise en œuvre des obligations structurelles de *compliance* oblige l'entreprise à produire des normes dites « *secondaires* »[1453]. L'application de ces normes repose sur l'adhésion de leurs destinataires qui ne peut survenir que par la diffusion d'une culture de *compliance* dans l'entreprise. Le praticien du droit n'a pas pour rôle d'imposer une interprétation verticale de la loi, mais de permettre son instillation dans les pratiques de l'entreprise[1454]. La *compliance* opère ainsi une moralisation de l'entreprise. Cette relation horizontale se crée également entre les entreprises. La *compliance* devrait, en effet, produire une coopération normative des acteurs économiques par un alignement des pratiques, en particulier dès lors que les programmes de conformité seraient rendus publics, les entreprises pouvant être tentées de s'inspirer de ceux des concurrents[1455]. Il en résulte une forme de « *restandardisation* » du droit, mais en principe sans les défauts de la généralisation et à l'initiative des sujets de droit eux-mêmes[1456].

L'entreprise n'est plus le destinataire passif de la règle de droit, mais devient acteur de cette réglementation en déterminant les modalités d'application les plus efficaces pour s'adapter à sa propre situation[1457]. La *compliance* crée, en effet, une interaction constante entre le droit et l'opérationnel[1458]. Le programme de *compliance* doit ainsi être adapté à la taille de l'entreprise, sa part de marché, le niveau de concurrence auquel elle est confrontée, la diversité de ses activités, sa cartographie des risques, sa culture, sa gouvernance, les incitations auxquels sont soumis ses salariés[1459]. Par l'établissement d'une norme « *sur-mesure* », l'entreprise « *se substitue en quelque sorte au régulateur pour la mise au point de règles internes* » provoquant

---

[1448] *Ibid*.
[1449] *Ibid*.
[1450] M. MALAURIE-VIGNAL, « Logique économique et logique juridique », *Contrats conc. consom*. 2005, étude 20.
[1451] A. GAUDEMET, « What is compliance ? », art. cit
[1452] *Ibidem*.
[1453] C. GRANIER, art. cit.
[1454] W. FEUGERE, « La compliance, mode d'emploi », art. cit.
[1455] L.-M. AUGAGNEUR, art. cit.
[1456] *Ibidem*.
[1457] C. COLLARD, D. DELHAYE, M-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *Risque juridique et conformité – Manager la compliance*, Lamy, Lamy conformité, 2011, p. 23 et sv.
[1458] W. FEUGERE, « La compliance, mode d'emploi », art. cit.
[1459] L. DONNEDIEU DE VABRES, « Pas de compliance sans confiance », *in* M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 107.

« *une décentralisation du pouvoir normatif* »[1460]. L'action de l'entreprise en matière de *compliance* repose ainsi sur le principe de proportionnalité.

241. Le principe de proportionnalité. La mise en œuvre des obligations structurelles de *compliance* est encadrée par le principe de proportionnalité[1461]. Pour les juristes, la proportionnalité s'entend comme « *l'adéquation des moyens mis en œuvre à un but poursuivi* »[1462]. Le « *but* » constitue donc la référence à partir de laquelle s'apprécie « *l'adéquation des moyens* », qui, s'agissant de politiques ou stratégies de *compliance*, place d'entrée de jeu la proportionnalité dans le champ des « *buts monumentaux* » [1463]. La proportionnalité « *est la conséquence du fait que tout mécanisme juridique est un "Outil de la Compliance", qui n'a de sens que par rapport à un "but monumental"* »[1464]. L'entreprise doit mettre en œuvre les obligations structurelles de la *compliance* de manière proportionnée afin d'atteindre efficacement le but monumental qui lui est fixé : « *autant qu'il est nécessaire, pas plus qu'il n'est nécessaire* »[1465]. L'entreprise doit donc adapter les obligations structurelles de *compliance* imposées à ses propres spécificités[1466]. Ces outils doivent répondre de manière ciblée aux risques qui pèsent sur elle selon son environnement et la nature de ses activités. À titre d'exemple, la loi sur le devoir de vigilance de sociétés mères et donneuses d'ordres dispose que « le plan prévoit des mesures de vigilance raisonnables ». L'adjectif « *raisonnable* » est un standard juridique permettant aux entreprises de définir elles-mêmes les mesures de vigilance nécessaires à la satisfaction de ce standard[1467]. Pour cela l'entreprise devra notamment construire une cartographie des risques, or, le principe de proportionnalité est déjà au centre de la construction des matrices de risques avec l'élaboration d'objectifs, la classification des menaces selon leur importance ou leur degré d'occurrence, l'identification de fonctions responsables, la mise en place d'arborescences et d'indicateurs avec système de mesure, l'élaboration de scénario d'acceptation tenant compte du degré de gravité de la situation[1468].

[1460] W. MAXWELL et S. TAËB, art. cit.

[1461] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », art. cit. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Proportionnalité et Conformité », art. cit.

[1462] G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, p. 297-306.

[1463] L. RAPP, art. cit.

[1464] M.-A. FRISON-ROCHE, « Proportionnalité et Conformité », art. cit.

[1465] *Ibidem*.

[1466] L.-M. AUGAGNEUR, art. cit.

[1467] N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et donneurs d'ordres », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, Pedone, 2016, p. 453-455.

[1468] L. RAPP, art. cit.

Le principe de proportionnalité est un outil efficace de la *compliance*, garant de proportions raisonnables, imposé tant aux entreprises dans l'accomplissement des buts monumentaux qui leur sont assignés qu'à leur juge ou régulateurs dans l'exercice de leur mission de contrôle[1469].

242. Le contrôle de proportionnalité. Aujourd'hui, il est question de savoir comment le juge appréciera l'étendue de la marge d'appréciation dont bénéficie l'entreprise pour la mise en œuvre des dispositifs de *compliance* ? Comment il se prononcera sur la qualité d'un dispositif de *compliance* pour certifier que ce dispositif permet d'atteindre le but monumental fixé, sans intervenir sur la substance même des décisions prises ? Cette difficulté est inhérente à toute action de contrôle. Monsieur Rapp rappelle l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme qui, tout en étant attentive au respect de la souveraineté des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme et par conséquent, de leurs cours et tribunaux, exerce un contrôle vigilant sur la conformité des jurisprudences nationales aux droits et libertés que la convention consacre[1470]. Ce contrôle de conventionnalité exercé par une juridiction internationale, extérieure à l'État, implique ainsi des précautions telles que l'épuisement de toutes les voies de recours internes avant la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme ; le respect du principe de subsidiarité ; la classification des droits consacrés par la Convention européenne des droits d'homme, selon qu'ils s'imposent sans dérogations ou qu'ils peuvent faire l'objet d'un encadrement national. Ces précautions prises, le contrôle peut être exercé sur ce qu'il est convenu d'appeler les « *ingérences* » actives, sous la forme de décisions qui lèsent un droit consacré par la Convention, ou passives du fait, à l'inverse, de la carence de l'État et de ses pouvoirs publics, y compris les juridictions nationales, alors que l'un des droits consacrés par la Convention est en cause ou se trouve menacé. C'est donc sur ces ingérences que la Cour exerce son contrôle en vérifiant dans chaque affaire que l'ingérence en cause est fondée sur un texte législatif, qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique, cette « *nécessité* » impliquant un examen de sa proportionnalité.

Le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans l'exercice par le juge ou le régulateur de son pouvoir d'appréciation souveraine. Il apparaitrait comme un critère d'appréciation, une méthode d'analyse et un mode de raisonnement[1471]. La proportionnalité serait ainsi critère, lorsqu'elle entre dans l'appréciation portée par le juge ou le régulateur, de faits ou de comportements litigieux. Elle relève alors de l'appréciation *in concreto* que le juge ou le régulateur sont invités à faire, tenant compte, au-delà des circonstances de chaque affaire, de la nécessité d'une réparation exacte du préjudice causé à l'ordre public et de l'exemplarité de leur décision qui doit empêcher la récidive, tout en décourageant de nouveaux auteurs éventuels. La proportionnalité deviendrait méthode, lorsqu'il s'agit pour le juge ou le régulateur de se démarquer de l'analyse de faits ou de comportements pour interpréter les textes ou leur silence et les appliquer, de la meilleure des façons, aux faits de l'espèce[1472]. Il s'agit alors d'une

[1469] *Ibidem*.
[1470] *Ibid*.
[1471] *Ibid*.
[1472] *Ibid*.

appréciation *in abstracto*. La proportionnalité serait enfin raisonnement lorsque le juge ou le régulateur sortent de leur rôle de simples censeurs, pour procéder à une balance des intérêts en cause, par exemple « *les avantages d'une opération d'utilité publique et ses inconvénients, les droits des uns et la liberté des autres, l'évidence d'un cas d'annulation ou d'une faute justifiant la résiliation d'une convention et la nécessité objective, le plus souvent économique, de maintenir l'existence d'un contrat et d'inciter les parties à reprendre son exécution* »[1473].

Dans le cas d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, ce n'est pas la décision qui est examinée, et encore moins l'affaire qui est rejugée par elle, mais la procédure suivie pour son édiction. Ce contrôle s'exerce sur le processus de décision et non sur la décision elle-même : « *ce contrôle traduit le passage d'une évaluation directe par la Cour de la conventionnalité de la mesure litigieuse à la vérification que les enjeux ont été correctement appréhendés par les autorités nationales, c'est-à-dire conformément aux obligations des États parties à la Convention telles qu'elles résultent de sa jurisprudence* »[1474]. Le même raisonnement vaut en matière de contrôle des obligations de *compliance* : il s'agit de passer d'une « *évaluation directe* » de la pertinence des décisions prises au regard des règles de *compliance* applicables à l'entreprise, à la vérification que l'« *enjeu* » de la *compliance*, lui-même, a été correctement intégré par les décideurs[1475].

243. Responsabilité - anticipation. Le défaut de qualité des procédures internes mises en œuvre est susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise et celle de ses dirigeants, et ce alors même qu'aucun fait répréhensible n'aurait été constaté[1476]. Cette logique s'inscrit dans ce que la doctrine appelle la « *responsabilité-anticipation* » constituant le troisième temps de la « *responsabilité-indemnisation* » et de la « *responsabilité-sanction* » [1477]. De ce point de vue, la France est en avance sur ses voisins européens, mais également sur toutes les réglementations qui existent dans le monde, et en particulier américaines. À titre d'exemple, la loi Sapin 2 sanctionne le simple fait de ne pas avoir pris des mesures efficaces pour prévenir les risques de corruption. L'étude des sanctions des dispositifs de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme démontre également que la majorité des sanctions disciplinaires prononcées par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution contre les banques ou les entreprises d'assurance ne sont pas motivées par la participation à des faits de blanchiment ou de financement du terrorisme, mais parce que les procédures mises en place sont jugées insuffisantes à la détection ou aux déclarations d'opérations suspectes de manière efficace[1478]. Le juge dispose lui-même d'une marge de manœuvre dans l'appréciation de l'efficacité des dispositifs de compliance, ce qui constitue un risque d'arbitraire, mais surtout un outil afin de

[1473] *Ibid*.
[1474] *Ibid*.
[1475] *Ibid*.
[1476] ACPR, 8 décembre 2016, n° 2015-08.
[1477] C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*. 2004, p. 577.
[1478] M. ROUSILLE, « La Compliance, comme nouvelle contrainte des sociétés ? », *in* B. BRIGNON, C. GROSSI (dir.), Les nouvelles contraintes des sociétés, Joly éditions, Pratiques des affaires, 2018, p. 87-99.

contrer l'ingénierie juridique des grandes entreprises[1479]. En l'absence de législation équivalente dans les autres pays, Monsieur Gille, directeur juridique de l'Association des juristes d'entreprise, alerte les rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de l'absence de distinction par les autorités de poursuites étrangères entre la sanction d'une entreprise qui n'a pas mis en œuvre de dispositif anticorruption de manière suffisamment rapide ou efficace, mais qui n'a pas commis de fait de corruption, et celle sanctionnée pour avoir commis des faits de corruption[1480]. La première peut ainsi voir sa réputation ternie à l'étranger, se retrouver « *black listé* » et perdre ses marchés pour avoir subi un contrôle préventif de l'Agence française anticorruption sans jamais avoir commis de fait de corruption[1481].

244. Conclusion §1. L'internalisation des but monumentaux de la *compliance* dans l'entreprise. La *compliance* internalise dans l'entreprise des obligations structurelles permettant d'assister l'État dans la réalisation des buts qu'il poursuit[1482]. L'application de cette méthodologie ne vise donc qu'à atteindre les buts mondiaux monumentaux fixés par l'État[1483]. Ces buts constituent « *la part normative à partir de laquelle la diversité des différents outils de compliance prend leur sens* »[1484]. Ces outils constituent des obligations structurelles listées de manière exhaustive par le législateur qui entend créer un cadre rigide de prévention des risques à mettre en place au sein de l'entreprise sous peine de sanction. La mise en œuvre de ces procédures repose, en revanche, sur une logique de responsabilisation de l'entreprise qui se manifeste par l'autonomie dont dispose l'entreprise dans la mise en œuvre de ces obligations structurelles[1485]. La *compliance* transforme ainsi l'agent économique en « *agent de légalité* »[1486], l'entreprise devenant un relai de la répression et de la régulation[1487].

§2. LA REGULATION EX POST

245. La régulation ex post de l'entreprise par la *compliance*. L'entreprise est détentrice de l'information nécessaire à la poursuite des infractions transnationales. Elle a donc le devoir de détecter ces infractions **(A)** et de collaborer avec les autorités publiques **(B)**.

[1479] N. CUZACQ, art. cit.

[1480] Le 10 mars 2021 la mission d'évaluation 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, a auditionné Jean-Philippe Gille, directeur juridique de l'Association des juristes d'entreprise, vidéo disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[1481] *Ibidem*.

[1482] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Qu'est-ce que la compliance ? », art. cit.

[1483] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : " les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion " », art. cit.

[1484] *Ibidem.*

[1485] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit. ; P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.

[1486] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », art. cit.

[1487] I. DESBARATS, art. cit.

A. La détection de l'infraction au sein de l'entreprise

246. La détection de l'infraction au sein de l'entreprise. Les autorités publiques parviennent difficilement à détecter et rapporter la preuve des faits délictueux transnationaux[1488]. Elles vont donc charger l'entreprise de détecter elle-même ces infractions soit parce que l'entreprise est un facilitateur de l'infraction soit parce qu'elle est la criminelle[1489]. Pour ce faire, l'entreprise doit mettre en œuvre des procédures de contrôle en son sein **(1)** et compter sur la vigilance de ses salariés pour dénoncer les actes qui leur paraitraient suspects **(2)**.

1. Les procédures de contrôle

247. Les procédures de contrôle de l'entreprise. L'entreprise doit mettre en place des procédures d'auto-contrôle **(a)** mais également de contrôle des tiers **(b)**.

a. Des procédures d'auto-contrôle

248. Les procédures d'auto-contrôle[1490]. L'entreprise est appelée à mettre en œuvre des procédures d'auto-contrôle en son sein afin de détecter des faits délictuels[1491]. À titre d'exemple, la loi Sapin 2 impose à l'entreprise « des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du code de commerce »[1492]. L'entreprise doit ainsi se donner les moyens de détecter des faits de corruption en son sein. Elle peut également être chargée de surveiller ses collaborateurs.

b. Des procédures de contrôle des tiers

249. Les procédures de contrôle des tiers[1493]. La loi vigilance intègre dans son programme de *compliance* « des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie au

---

[1488] A. GAUDEMET, art. cit.
[1489] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du droit de la compliance », art. cit.
[1490] v. *infra* pt. 426 et sv.
[1491] W. MAXWELL et S. TAËB, art. cit.
[1492] 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 (1), article 17, 5°.
[1493] v. *infra* pt. 444 et sv.

regard de la cartographie des risques »[1494]. De même, l'article 17 de la loi Sapin 2 intègre au programme de *compliance* « une procédure d'évaluation des clients, fournisseurs de premiers rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques »[1495] afin d'assurer que ces tiers présentent des garanties suffisantes en termes d'intégrité[1496]. L'entreprise devient « *superviseur* » de la seconde[1497]. Si les premières ont pu se plaindre « *d'être ainsi transformées en auxiliaires des autorités publiques* », à la réflexion « *dans la compétitivité mondiale où l'information est un bien si précieux n'est-ce pas une bonne position que d'être superviseur des autres opérateurs ?* » [1498]. En devant répondre personnellement d'un autre opérateur, « *est-ce que cela ne donne pas plus de pouvoirs que les États eux-mêmes n'en ont sur les entreprises relevant d'autres systèmes juridiques que les leurs ?* »[1499]. La responsabilité de l'entreprise soumise à la *compliance* vis-à-vis d'une seconde nécessite que la loi confère un pouvoir d'information de la première sur la seconde.

L'entreprise peut ainsi bénéficier de pouvoirs supplémentaires pour détecter des infractions ou tentatives d'infraction[1500]. À ce titre, les entreprises soumises à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont par exemple la charge de collecter de multiples informations sur leurs clients[1501]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche désigne cette obligation comme « *un concentré de la captation de l'information, de son traitement et de son bon usage pour atteindre le But Monumental fixé par le Droit de la Compliance : arrêter le blanchiment d'argent et la criminalité sous-jacente à celui-ci* »[1502]. L'effectivité de ces procédures de contrôle suppose la vigilance des salariés de l'entreprise qui doivent pouvoir bénéficier de canaux d'alerte pour faire remonter en interne l'information.

2. La vigilance des salariés

250. La vigilance des salariés[1503]. L'entreprise doit pouvoir disposer d'informations pour exercer sa vigilance et concrétiser les buts monumentaux[1504]. À cet égard, le mécanisme du

---

[1494] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), JORF n° 0074 du 28 mars 2017, article L. 225-102-4, I, 2°.

[1495] 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 (1), JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, article 17, II, 4°.

[1496] L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *RSC* 2019, p. 205.

[1497] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », art. cit.

[1498] *Ibidem*.

[1499] *Ibid*.

[1500] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et confiance », art. cit.

[1501] Article L. 561-5 du Code financier et monétaire.

[1502] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », art. cit.

[1503] v. *infra* pt. 460 et sv.

[1504] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », art. cit.

lanceur d'alerte est « un élément essentiel du succès de la compliance »[1505]. Il doit, en effet, être envisagé comme un mécanisme au profit de l'entreprise qui reçoit une information qu'elle ignorait et qu'elle peut traiter en interne[1506]. C'est ainsi que la loi Sapin 2 a souhaité son développement, en privilégiant une information en interne avant toute fuite de l'information à l'extérieure de l'entreprise. L'article 8, I, §1 prévoyait, à cet effet, que « le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci » et ce n'était qu'en « l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte » que la voie externe pouvait être saisie[1507]. Cette logique initiale a été quelque peu dénaturée par la modification de ce système d'alerte gradué par la loi du 21 mars 2022 qui, dans sa volonté d'accroitre la protection du lanceur d'alerte contre toute représailles, lui laisse désormais la possibilité de délivrer l'information par la voie externe sans procéder préalablement à une alerte interne[1508].

L'obligation de vigilance est donc « *centrée autour de l'obligation d'être informé de ce qui se passe effectivement, pour éventuellement faire bon usage de l'information ainsi obtenue* »[1509]. Cette « *captation de l'information* » [1510] par l'entreprise est nécessaire aux pouvoirs publics.

B. La collaboration de l'entreprise avec les autorités publiques

251. La collaboration de l'entreprise avec les autorités publiques. L'approche collaborative entre les entreprises et les autorités de poursuites constitue un élément fondamental de la régulation économique américaine qui inspire la notion de *compliance*[1511]. Les procédures de contrôles menées par l'entreprise en son sein ont ainsi pour objet la détection de l'infraction et, *in fine*, sa dénonciation auprès des autorités compétentes faisant émerger « *un nouveau modèle coopératif qui, au nom de l'efficacité, valorise la dimension institutionnelle et normative des entreprises* »[1512]. La *compliance* devient donc un outil de révélation de l'infraction **(1)** qui se manifeste notamment par des obligations de transparence **(2)**.

[1505] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », art. cit.

[1506] *Ibidem*.

[1507] 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 (1), JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, article 8, I.

[1508] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), JORF n° 0068 du 22 mars 2022, article 3.

[1509] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », art. cit.

[1510] *Ibidem*.

[1511] E. BREEN, « La "compliance ", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019, p. 327.

[1512] L. D'AMBROSIO, art. cit.

1. Un outil de révélation

252. Un outil de révélation. Le contrôle et la détection de l'infraction par l'entreprise favorisent sa révélation. Elle implique nécessairement l'auto-dénonciation de l'entreprise auprès des autorités compétentes qui n'ont pas les moyens matériels ou humains de détecter, instruire et poursuivre tous les manquements commis, ni même les plus graves d'entre eux[1513]. La *compliance* va donc déléguer une partie de cette tâche à l'entreprise. Des procédures de notification des incidents de sécurité auprès des autorités de contrôle sont par exemple prévues par le règlement général sur la protection des données[1514]. Les professionnels assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont également soumis à une obligation de déclaration de soupçons auprès de l'autorité administrative compétente des opérations « *dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme* »[1515].

Lorsque la loi ne prévoit pas expressément une obligation d'auto-dénonciation, l'entreprise est fortement incitée à le faire par les autorités de poursuites. Les lignes directrices conjointement rédigées par l'Agence française anticorruption et le Parquet national français appliquent, par exemple, un coefficient de minoration dans le calcul du montant de l'amende d'intérêt public en cas de révélation de faits passibles de poursuites judiciaires[1516]. Cette dénonciation peut également venir de l'intérieur de l'entreprise par le biais du lanceur d'alerte qui a la possibilité de dénoncer des faits illicites directement aux autorités compétentes[1517]. L'OCDE a ainsi démontré dans une étude réalisée en 2017 que les mécanismes de corruption transnationale ont été, pour vingt-quatre pour cent d'entre eux, détectés à la suite d'une auto-dénonciation ou de l'action d'un lanceur d'alerte[1518].

2. Des obligations de transparence

253. L'obligation de transparence. Le cœur de la *compliance* réside dans l'information : obtenir l'information, contrôler l'information et transmettre spontanément l'information[1519]. Les lois de *compliance* font ainsi peser sur les opérateurs économiques des obligations de transparence « *permettant la transmission de l'image et des valeurs de l'entreprise au monde*

[1513] W. FEUGERE, « La compliance, mode d'emploi », art. cit.

[1514] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 33, 1°.

[1515] Article L. 561-15 du Code monétaire et financier.

[1516] AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019.

[1517] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), JORF n° 0068 du 22 mars 2022, article 3.

[1518] *The Detection of Foreign Bribery*, OCDE, 2017.

[1519] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 60.

extérieur afin de gagner ou regagner la confiance du public et du régulateur »[1520]. L'entreprise cesse d'être une « *boite noire* »[1521]. Cette obligation joue donc à plusieurs niveaux.

L'obligation de transparence se manifeste d'abord à l'égard des parties prenantes. La prévention et l'autocontrôle sont, en effet, « *l'affaire de tous* » et nécessite la connaissance par l'ensemble des parties prenantes des mesures de *compliance* mises en place[1522]. La loi vigilance dispose par exemple que « le plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102 », c'est-à-dire le rapport extra financier. La *compliance* s'inscrit donc dans le mouvement « *d'enrichissement de l'information sociétaire* »[1523]. Rendu public, le programme de *compliance* est soumis au contrôle des destinataires des informations qui peuvent exercer une « *discipline de marché* »[1524]. Deux types d'acteurs peuvent ainsi modifier leurs comportements à l'égard de l'entreprise en raison des informations non financières qu'elle fournit : les investisseurs et les consommateurs. Si l'attention des premiers porte principalement sur les informations financières, leur intérêt pour les informations non financières tend à croitre, notamment lorsqu'elles portent sur la mise en œuvre d'une obligation légale dont la méconnaissance peut fragiliser l'entreprise[1525]. Compte tenu des limites de la discipline de marché, la transparence contribue utilement à créer les conditions d'une mobilisation par les parties prenantes. L'effectivité de la *compliance* est alors recherchée « *au moyen d'une articulation de l'auto-contrôle avec un contrôle hétéronome* » [1526].

L'obligation de transparence se manifeste également au niveau des autorités publiques, il s'agit d'une obligation de rendre compte. L'entreprise doit rendre compte à l'autorité publique de la mise en œuvre effective des obligations structurelles exigées[1527]. Elle doit pouvoir rapporter la preuve de la mise en place des outils et processus internes en cas de contrôle. Cette « *préconstitution des preuves est donc le reflet de la nature ex ante du droit de la compliance et constitue, par la confiance qu'elle engendre et la reddition des comptes permanentes qu'elle constitue, un élément clé du droit de la compliance lui-même* »[1528]. Le règlement général sur la protection des données oblige ainsi les acteurs à mettre en œuvre des mécanismes permettant de démontrer leur conformité aux exigences de protection des données personnelles[1529]. Les

---

[1520] W. MAXWELL et S. TAËB, art. cit.

[1521] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit de la Compliance », art. cit.

[1522] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail* 2017 p. 380.

[1523] *Ibidem*.

[1524] *Ibid*.

[1525] S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E* 2017. 1193.

[1526] *Ibidem*.

[1527] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 8.

[1528] 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*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2023, p. 409-442.

[1529] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces

acteurs économiques doivent être en mesure de rapporter la preuve des études d'impact menées en interne et des solutions techniques adoptées pour se conformer aux exigences réglementaires, en justifiant de l'intervention d'un délégué à la protection des données ou d'un conseil externe[1530]. Cette logique implique un véritable renversement de la charge de la preuve qui pèse désormais sur les acteurs économiques qui feront face à une présomption de non-conformité[1531]. La conformité doit désormais se penser en amont et être démontrée tout au long de la vie d'un projet selon le concept « *privacy by design* »[1532]. Lorsque le risque provient d'un tiers, la loi de *compliance* vise la collecte d'informations. L'entreprise doit transmettre les informations à l'État, et plus généralement aux autorités publiques qui n'en disposent pas[1533]. Une obligation de déclaration de soupçon ou d'infraction spontanée auprès des autorités peut ainsi peser sur l'opérateur économique. C'est notamment le cas dans la lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme. La *compliance* facilite ainsi la supervision des entreprises par les autorités de régulation[1534].

254. Conclusion §2. La collaboration de l'entreprise avec les autorités publiques. Considérés comme plus proches des sources de risques et plus à même d'accéder à des informations qui demeurent difficilement accessibles aux pouvoirs publics, les acteurs privés se transforment, de destinataires potentiels des sanctions, en alliés des pouvoirs publics[1535]. La *compliance* est ainsi décrite par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme « *l'internalisation mondiale d'une régulation publique locale dans les entreprises supranationales désignées comme agents d'effectivité de buts mondiaux monumentaux* »[1536].

---

données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 37 ; G. DESGENS-PASANAU, art. cit. ; D. KADAR, L. GAILLARD, S. ABDESSELAM, art. cit.

[1530] D. KADAR, L. GAILLARD, S. ABDESSELAM, art. cit.

[1531] *Ibidem*.

[1532] *Ibid*.

[1533] M.-E. BOURSIER, « Qu'est-ce que la compliance ? », art. cit.

[1534] O. BOULON, « Compliance et régulation financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 167.

[1535] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[1536] O. BOULON, art. cit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

255. L'unicité des buts monumentaux de la *compliance*. Le droit de la *compliance* est un droit « *téléologique* », guidé par des « *buts mondiaux monumentaux* » déterminés par le législateur. Ces buts de nature différente trouvent leur unicité dans la protection de la personne. Ils convergent ainsi vers ceux de la responsabilité sociale des entreprises. La *compliance* se détache pourtant de cette notion par l'internalisation forcée de ces buts dans l'entreprise.

256. L'internalisation des buts mondiaux monumentaux dans les sujets de la *compliance*. L'internalisation des buts de la *compliance* se réalise d'une part par une régulation *ex ante* des sujets de la *compliance*. Ceux-ci sont soumis à des obligations structurelles de résultats destinés à l'accomplissement d'une obligation de moyen, celle d'atteindre les buts déterminés en amont. L'internalisation se réalise, d'autre part, par une régulation *ex post* du sujet de la *compliance* qui se voit confier « *une mission de police* »[1537]. Il doit identifier, prévenir, détecter et éventuellement sanctionner ceux de ses dirigeants, salariés, clients et partenaires qui commettent des actes délictueux. Il s'agit alors de rechercher les personnes aptes à assumer une telle charge et à constituer un sujet de la *compliance*.

[1537] A. DE LA COTARDIERE et E. HANNEZO, « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 117.

CHAPITRE 2 : LES CRITERES TENANT AU SUJET D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

257. La sélection des sujets de la *compliance*. La charge de la *compliance* pèse sur les opérateurs économiques, non pas en tant « *qu'acteurs potentiel d'un fait reprochable mais en tant qu'opérateur en position d'atteindre cet objectif* »[1538]. Ces opérateurs sont aptes à atteindre les buts monumentaux parce qu'ils détiennent l'information nécessaire à l'identification du risque et la capacité d'action nécessaire à son évitement. Ils sont ainsi désignés par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme des « *opérateurs cruciaux* »[1539], débiteurs, en raison de leur position de détenteur de l'information, d'obligations que les autres entreprises n'ont pas[1540]. Les obligations de *compliance* ne sont alors plus une « *violence contredisant la nature de l'entreprise en cause* », mais inhérente à la nature même de cette entreprise[1541]. Il y a ainsi une « *harmonie entre la nature de l'entreprise et le droit de la compliance* »[1542].

Le sujet de la *compliance* est donc sélectionné par le législateur en raison de son accès à l'information. Cet accès peut être dû en raison de la nature de l'activité exercée par l'assujetti **(Section 1)** ou en raison de sa puissance économique **(Section 2)**.

[1538] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 2.

[1539] M.-A. FRISON-ROCHE, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », D. 2006, Chron. 1895-1900 ; T. THOURET, « Formation et compliance : deux outils corrélés de transmission d'information », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021, p. 245-254.

[1540] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du Droit de la Compliance », juin 2017, disponible en ligne.

[1541] *Ibidem*.

[1542] *Ibid*.

SECTION 1 : LE SUJET D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* EN RAISON DE LA NATURE DE SON ACTIVITE

258. Le sujet d'un droit de la *compliance* en raison de la nature de son activité. Une fois par an, le GAFI procède à un exercice d'analyse des typologies de blanchiment. C'est ainsi qu'il a pu observer que les blanchisseurs ont le plus souvent recours à des professionnels pour obtenir conseil et assistance[1543]. Le blanchiment de capitaux peut, en effet, être effectué par l'entremise des établissements de crédit et des institutions financières, mais également grâce à d'autres types de professions et catégories d'entreprises. Ces professions et entreprises dont les activités sont susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme sont en position d'aider les autorités publiques à lutter contre ce fléau. Ces dernières n'ont en effet, ni les moyens, ni le temps, ni le pouvoir d'assurer seules un contrôle efficace des activités de blanchiment qui sont souvent difficiles à détecter[1544]. Face aux difficultés des pouvoirs publics, la lutte contre le blanchiment de capitaux doit être « *une priorité collective et partenariale, partagée entre les pouvoirs publics et les professionnels du secteur privé* »[1545]. C'est ainsi que les opérateurs économiques identifiés comme points de passages obligés aux opérations de blanchiment ou de financement du terrorisme sont soumis à l'obligation de lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme **(§1)**. Suivant le même raisonnement, les opérateurs exposés aux attaques cybercriminelles sont tenus de lutter contre celles-ci **(§2)**.

§1. LES PROFESSIONNELS APTES A LUTTER CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME

259. Les professionnels exposés aux risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Les entreprises du secteur financier et de l'assurance, considérées comme particulièrement sensibles, ont été les premières visées par les obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1546]. La libéralisation financière a, en effet, ouvert de multiples canaux aux opérations illicites, ce qu'illustre l'augmentation massive en vingt-cinq ans des flux internationaux de capitaux vers des centres *offshore*[1547]. Sans être suspectées de s'adonner, par nature et intentionnellement, au

[1543] O. RAYNAUD, « L'application des règles de prévention du blanchiment aux professions juridiques et aux professions du chiffre », *Gaz. Pal*. 15 novembre 2003, p. 2.

[1544] J.-B. POULLE et S. AUBERT, « Lutte contre le blanchiment : l'esprit de l'approche par les risques est-il menacé ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, janvier 2014, étude 5.

[1545] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), p. 4.

[1546] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Blanchiment », *in* M.-E. BOURSIER, W. FEUGERE et E. CHEVRIER (dir.), Le Code de la compliance, Dalloz, 2020, p. 607.

[1547] D. GARABIOL, A. MONTEBOURG, B. VATIER, G. GUITTON, « Secret et lutte contre le blanchiment », *LPA,* 20 juin 2001, n° PA200112207, p. 37.

blanchiment ni de financer le terrorisme, les établissements financiers sont en position d'avoir des informations sur ce type de criminalité[1548]. Les criminalités organisées dont l'argent est blanchi font, en effet, transiter les fonds par les banques. L'évolution des techniques de blanchiment a ensuite conduit à imposer les règles de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme à des entreprises et des professionnels du secteur non financier dont les activités sont susceptibles de faciliter les opérations de blanchiment[1549]. Les flux financiers, résultat du trafic de stupéfiants détecté par Tracfin, ont, en effet, mis en évidence le croisement de différentes méthodes de blanchiment, hors des canaux de flux bancaire : transferts d'espèces, acquisitions immobilières, injection de fonds suspects dans des entreprises actives dans des secteurs considérés comme risqués[1550]. Ces flux non financiers passent, en conséquence, par les professionnels dont l'activité est liée au domaine juridique, au chiffre, à la pierre ou encore aux domaines dans lesquels les volumes d'argent et les possibilités d'anonymat sont importants[1551]. Ces professionnels sont chargés par le politique de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, non pas parce qu'on les soupçonnerait d'adhérer à cette activité, mais parce qu'ils sont en position d'aider les autorités publiques dans leur mission. Ces professionnels sont en position de détecter de telles tentatives d'infraction de par leur activité. Ils détiennent l'information et peuvent agir pour empêcher la commission de telles infractions, ou les dénoncer.

260. L'adéquation entre le secret professionnel et les obligations de dénonciation. Cette responsabilité peut paraître entrer en contradiction avec le secret professionnel attaché à certaines professions telles que les professionnels de la finance ou les avocats. Si les professionnels concourent activement à l'information des services répressifs dans les pays anglo-saxons, et ce en dehors de tout formalisme et sans opposer le secret professionnel, la dénonciation est exorbitante de la culture française, due à son histoire[1552]. L'information des autorités publiques, au détriment du secret professionnel, n'est socialement acceptable que pour combattre le fléau majeur qu'est la criminalité organisée[1553]. Celle-ci est en effet susceptible de mettre en péril les bases démocratiques de nos sociétés. Le blanchiment d'argent notamment, est dévastateur pour le système économique, par la création d'une économie souterraine, pour le système politique, par l'émergence de contre-pouvoirs obscurs qui échappent à la démocratie et à la citoyenneté, et pour la santé publique, par le développement des trafics de stupéfiants[1554].

L'article L. 561-2 du Code monétaire et financier détermine les professionnels assujettis aux règles en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

[1548] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, M.-A. FRISON-ROCHE, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019, p. 59.

[1549] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit. ; O. RAYNAUD, art. cit.

[1550] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 16.

[1551] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.

[1552] D. GARABIOL, A. MONTEBOURG, B. VATIER, G. GUITTON, art. cit.

[1553] *Ibidem*.

[1554] *Ibid*.

Aux professionnels du secteur financier et de l'assurance **(A)**, s'ajoutent désormais un certain nombre de professionnels de divers secteurs d'activités **(B)**.

A. Les assujettis du secteur financier et de l'assurance

261. Les assujettis du secteur financier et de l'assurance. L'article L. 561-2 du Code monétaire et financier 1° à 7° vise les personnes morales établissements bancaires, financiers et d'assurance, sous toutes leurs formes **(1)** quel que soit le lieu d'exercice de l'activité **(2)**. Sont, en revanche, exclues les personnes qui exercent l'une de ces activités à titre accessoire lorsque leur activité principale est exemptée des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1555].

1. Les organismes assujettis

262. Les organismes financiers et de l'assurance assujettis. Sont assujettis les organismes du secteur financier **(a)** et de l'assurance **(b)**.

a. Les organismes du secteur financier

263. Les organismes du secteur financier assujettis. Dans le secteur de la banque, sont visés par l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier, les établissements de crédit[1556] ; les établissements de monnaie électronique ; les établissements de paiement ; les sociétés de financement[1557] ; les entreprises d'investissement[1558] ; les changeurs manuels[1559] ; la Caisse des dépôts et consignations[1560] ; les intermédiaires en opération de banque et en service de paiement lorsqu'ils agissent en vertu d'un mandat délivré par un client et qu'ils se voient confier des fonds en tant que mandataires des parties[1561] ; les intermédiaires en financement participatif[1562] ; les prestataires de service d'investissement ayant leur siège social dans un autre État membre de l'Union européenne en tant qu'ils exercent leur activité sur le territoire national en ayant recours à des agents liés[1563] ; les succursales établies en France des établissements de crédit, des établissements de paiement, des établissements de monnaie électronique et des entreprises d'investissement dont le siège social est situé dans l'Espace économique

---

[1555] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.
[1556] Article L. 561-2, 1° et 1° quater du Code monétaire et financier.
[1557] Article L. 561-2, 1° du Code monétaire et financier.
[1558] L'ordonnance n° 2017-1107 entrée en vigueur le 3 janvier 2018 exclut les sociétés de gestion de portefeuille (SGP) de la catégorie des entreprises d'investissement.
[1559] Article L. 561-2, 8° du Code monétaire et financier.
[1560] Article L. 561-2, 1° du Code monétaire et financier.
[1561] Article L. 561-2, 3° du Code monétaire et financier.
[1562] Article L. 561-2, 4° du Code monétaire et financier.
[1563] Article L. 561-2, 6° du Code monétaire et financier.

européen[1564] ; les entreprises d'investissements agrées dans l'Espace économique européen qui exercent leur activité en France en ayant recours à des agents liés[1565].

Les établissements bancaires et financiers sont, au tout premier chef, concernés par les mécanismes de blanchiment. Un processus sophistiqué de blanchiment s'effectue, en effet, toujours par une banque[1566]. Les actions menées par l'ACPR et TRACFIN ont permis d'identifier des typologies récurrentes de blanchiment auxquelles les organismes financiers peuvent être confrontés. La pratique des « comptes collecteurs » est, par exemple, une pratique constatée en matière de service de transmission de fonds ou dans des cas de tenue de comptes de dépôts de fonds ou de paiement[1567]. Elle consiste en la collecte de fonds d'un groupement de personnes par une personne morale ou physique qui n'est ni prestataire de service de paiement ou de services bancaires ni agent de prestataires de service de paiement, et qui transfère ces fonds dans un pays étranger qui peut être le pays d'origine des membres du groupe[1568].

À la suite du plan de lutte contre le financement du terrorisme du ministre des Finances des 18 mars et 23 novembre 2015 et du communiqué de la Direction générale du Trésor sur la lutte contre le financement de Daech du 27 janvier 2015, l'ACPR et le Tracfin appellent les organismes financiers à prêter une attention particulière à la lutte contre le financement du terrorisme[1569]. À cette fin, les organismes financiers exercent une vigilance renforcée sur les transferts de fonds en provenance ou à destination de zones géographiques considérées comme risquées. Le financement du terrorisme est évolutif et peut s'appuyer sur une grande variété d'opérations. L'actualité récente montre en effet que des opérations sont réalisées dans tous pays, sans lien identifié avec les zones de combats[1570]. Un certain nombre de critères liés à des typologies de financement du terrorisme ressortent toutefois des informations publiques disponibles. C'est ainsi le cas de la transmission de fonds de faibles montants entre particuliers et sans liens apparents entre eux ; dons à des associations à but non lucratif suivis de transmissions de fonds de montants plus conséquents notamment vers l'étranger ; flux croisés provenant ou à destination d'organismes associatifs ; recours au crédit à la consommation notamment suivi de retraits en espèce d'une partie importante des fonds prêtés ou de leur totalité et virement à l'étranger[1571]. Les derniers circuits de financement du terrorisme détectés par le Tracfin ont fait émerger un vecteur innovant de financement du terrorisme : les cryptoactifs[1572]. Un circuit sophistiqué de financement du terrorisme a ainsi été détecté en 2020. Dans ce circuit,

---

[1564] Article L. 561-2, 1°, 1°*bis*, 1° *ter*, 6° du Code monétaire et financier.

[1565] Article L. 561-2, 6° du Code monétaire et financier.

[1566] A.-J. FULGERAS, « La lutte contre le blanchiment dans les banques », *D*. 2002, p. 789.

[1567] Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de Tracfin sur les obligations de déclaration et d'information à Tracfin, p. 11.

[1568] *Ibidem*.

[1569] Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de Tracfin sur les obligations de déclaration et d'information à Tracfin, p. 36.

[1570] *Ibidem*.

[1571] *Ibid*.

[1572] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 56.

des achats de monnaie électronique stockés sur support physique ont été effectués dans le seul but d'être convertis en cryptoactifs[1573]. Une fois convertis, les cryptoactifs étaient transférés sur des plateformes d'échange situées dans des pays à proximité immédiats de la zone syro-irakienne[1574]. Ce réseau de financement a permis l'acheminement de près de deux cent cinquante mille euros au bénéfice de membres d'Al-Qaida ainsi qu'a des djihadistes de l'organisation État islamique[1575].

La numérisation des services de paiement permet ainsi l'émergence de nouveaux circuits de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Les directives européennes sur les services de paiement de 2007 et 2015 ont permis aux prestataires de paiement et de monnaie électronique de gagner en importance. Le recours à ces services est désormais observé dans la plupart des typologies de blanchiment traité par Tracfin[1576].

b. Les organismes du secteur de l'assurance

264. Les organismes du secteur de l'assurance. Dans le secteur de l'assurance sont visés par l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier, les entreprises exerçant une activité d'assurance directe mentionnée aux articles L. 310-1 et L. 310-2 du Code des assurances[1577] ; les intermédiaires d'assurance définis à l'article L. 511-1 du Code des assurances lorsqu'ils agissent dans le cadre d'un mandat délivré par le client, soit les courtiers d'assurance[1578] ; les mutuelles et unions réalisant les opérations mentionnées au 1° du I de l'article L. 111-1 du Code de la mutualité[1579] ; les fonds de retraite professionnelle supplémentaire mentionnés à l'article L. 381-1 du Code des assurances, les mutuelles ou unions de retraite professionnelle supplémentaire mentionnées à l'article L. 214-1 du Code de la mutualité et les institutions de retraite professionnelles supplémentaire mentionnées à l'article L. 942-1 du Code de la Sécurité sociale[1580] ; les institutions de prévoyance, unions et groupement paritaires de prévoyance régis par le titre III du livre IX du Code de la Sécurité sociale[1581] ; les succursales établies en France des entreprises d'assurance dont le siège social est situé dans l'Espace économique européen.

Le secteur de l'assurance est confronté à un certain nombre de pratiques frauduleuses telles que la production de faux documents dans le cadre de la souscription de contrats d'assurance. Il s'agit par exemple de l'usage de faux papiers d'identité ou de faux actes authentiques destinés

---

[1573] *Ibidem*.
[1574] *Ibid*.
[1575] *Ibid*.
[1576] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, Tracfin, 2019-2020, p. 57.
[1577] Article L. 561-2, 2° du Code monétaire et financier.
[1578] Article L. 561-2, 3° *bis* du Code monétaire et financier.
[1579] Article L. 561-2, 2° *ter* du Code monétaire et financier.
[1580] Article L. 561-2, 2° *quater* à 2° *sexies* du Code monétaire et financier.
[1581] Article L. 561-2, 2° *bis* du Code monétaire et financier.

à justifier l'origine des fonds en lien avec de prétendues opérations immobilières[1582]. Le Code monétaire et financier impose aux organismes d'assurance une vigilance complémentaire lorsque le produit ou l'opération favorise l'anonymat[1583]. C'est notamment le cas des bons de capitalisation au porteur qui peuvent circuler sans qu'il ne soit possible d'établir la chaîne de tous les porteurs, le porteur final n'ayant pas l'obligation de révéler qui était le précédent porteur[1584]. Un bon de capitalisation est dit anonyme lorsque son détenteur n'autorise pas l'organisme d'assurance à révéler son identité et son domicile à l'administration fiscale. Un certain nombre de critères liés au client ou aux opérations peuvent être pris en compte par les organismes d'assurance tels qu'un domicile situé dans un pays différent de la résidence fiscale ; un changement de domicile à plusieurs reprises dans l'année de souscription du contrat ; la souscription d'un contrat auprès d'un intermédiaire dans le ressort duquel le souscripteur n'a ni son domicile, ou son siège, ni une activité significative ni aucune attache particulière ; le client procède au rachat prématuré des contrats ; les opérations de versement sont fractionnées sur une courte période de temps[1585].

2. L'appréhension des circuits internationaux

265. L'appréhension des circuits internationaux. Les circuits bancaires internationaux peuvent servir à blanchir, en toute discrétion, d'importantes quantités d'argent sale[1586]. Le dispositif américain tire toutes les conséquences de ces constatations en tenant les établissements financiers américains responsables « *d'errements survenus à l'étranger dans le cadre de banques étrangères* »[1587]. Le *Bank Secrecy Act* américain de 1970 oblige, en effet, les établissements financiers américains à se doter de programmes de contrôle interne afin de prévenir et détecter les mouvements financiers susceptibles de couvrir des opérations de blanchiment[1588]. Il tient les banques américaines responsables de leurs homologues étrangers avec qui elles travaillent, les obligeant à mettre en place des procédures pour vérifier qu'elles respectent elles aussi le *Bank Secrecy Act* [1589]. À titre d'exemple, la banque britannique HSBC a été condamnée par le *Department of justice* en 2012 à une amende d'un milliard deux-cent-cinquante-six millions de dollars pour violation du *Bank Secrecy Act*. L'administration américaine reproche alors à HSBC Groupe et HSBC États-Unis un manquement à la

[1582] Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de Tracfin sur les obligations de déclaration et d'information à Tracfin, p. 13.

[1583] Article L. 561-10, 3° du Code monétaire et financier.

[1584] Principes d'application sectoriels de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution relatifs à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme pour le secteur des assurances, 2015, p. 11.

[1585] *Ibidem*, p. 30.

[1586] A.-J. FULGÉRAS, art. cit.

[1587] *Rapport d'information par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, P. Lellouche (Président) et K. Berger (Rapporteure), 5 octobre 2016, n° 4082, p. 48.

[1588] A. LAÏDI, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique, comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes sud, 2019, p. 92.

[1589] *Ibidem*.

surveillance de sa filiale mexicaine accusé de blanchir l'argent des cartels de la drogue mexicain et colombien[1590].

La législation française est bien moins sévère. Les organismes du secteur financier et de l'assurance ayant leur siège social en France et qui exercent leur activité dans d'autres États de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen en libre prestation de service appliquent les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme françaises. Lorsque le droit applicable localement ne permet pas la mise en œuvre de mesures équivalentes dans les filiales ou succursales étrangères des assujettis, ces derniers veillent à ce qu'elles appliquent des mesures de vigilance spécifiques[1591]. Elles veillent également à en informer Tracfin et l'AMF[1592].

Les organismes financiers qui exercent leur activité en France en libre prestation de service, notamment sur Internet, appliquent les obligations de vigilance telles que définies par leur pays d'origine, charge à la cellule de renseignement financier de leur pays d'origine de transmettre les déclarations de soupçons qui concernent la France[1593]. L'absence d'une présence physique sur le territoire national complique les investigations des autorités nationales. L'absence d'interlocuteur désigné pour correspondre avec les autorités françaises empêche la mise en œuvre directe du droit de communication[1594] de Tracfin pour identifier les contreparties d'opérations financières suspicieuses[1595]. L'imbrication de ces acteurs établis dans plusieurs États de l'Espace européen économique complique l'identification des bonnes cellules de renseignement financier à actionner pour obtenir les informations souhaitées[1596]. Certains pays de l'Espace européen économique ont par ailleurs un degré d'exigence faible en matière de supervision de la lutte contre blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1597]. Le régime de la libre prestation de service affaiblit ainsi le dispositif de lutte contre blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme français. Dans son rapport sur les tendances et analyses des risques de blanchiment et de financement du terrorisme de 2019-2020, le Tracfin propose, en conséquence, que ces établissements fassent l'objet d'un enregistrement en France

[1590] *Ibid*.
[1591] Position-recommandation AMF, Lignes directrices sur l'obligation de déclaration à Tracfin, 2019.
[1592] Article L. 561-33, II, 2° du Code monétaire et financier.
[1593] Directive 215/849 du 20 mai 2015, article 33 §2 et article 53 §1.
[1594] « Conformément à l'article L.561-25 du CMF, TRACFIN peut exercer son droit de communication auprès des professions déclarantes. Dans le but de reconstituer l'ensemble des transactions faites par une personne ou une société ayant fait l'objet d'un signalement, les agents recueillent et analysent, par l'exercice du droit de communication, tout document utile (relevés de comptes bancaires, actes notariés, statuts de société, documents d'expertise comptable, factures, documents d'ouverture de comptes...) » : v. *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, Annexe, p. 149.
[1595] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, préc., p. 58.
[1596] *Ibidem*.
[1597] *Ibid.*

et qu'en outre, le cadre réglementaire européen soit harmonisé à l'échelle de l'Union européenne[1598].

B. Les assujettis du secteur non financier

266. Les assujettis du secteur non financier. L'article L. 561-2 du Code monétaire et financier vise les professionnels du droit **(1)**, les professionnels du chiffre **(2)**, les professionnels du secteur immobilier **(3)**, les professionnels du secteur du jeu **(4)**, les professionnels du commerce de bien onéreux **(5)**, les professionnels de la vente aux enchères publiques **(6)** et les professionnels de domiciliation **(7)** et agents sportifs **(8)**.

1. Les professionnels du droit assujettis

267. Les professionnels du droit assujettis. Les avocats sont assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en tant que facilitateur de ces opérations **(a)**. D'autres professionnels du droit ont également été identifié comme des facilitateurs tels que les notaires ou les huissiers **(b)**.

a. Les avocats

268. L'application d'un régime protecteur du secret professionnel de l'avocat. Les avocats, en tant que facilitateurs des opérations de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, sont assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1599]. Si le régime de prévention contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme constitue une exception aux règles du secret professionnel entrée dans les mœurs, notamment du secteur bancaire[1600], la loi s'est toutefois attachée à préserver le secret professionnel liant l'avocat à son client[1601]. Elle distingue, pour ce faire, l'activité de défense de l'avocat, de son activité de conseil. L'activité de défense de l'avocat suppose, en effet, le strict respect du secret professionnel liant l'avocat à son client[1602]. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi mis en exergue leur mission fondamentale dans une société démocratique de défense des justiciables[1603], renforçant une décision de la Cour de justice des communautés européennes antérieure[1604]. Au titre de cette activité de défense, l'avocat n'est donc pas tenu de l'obligation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du

---

[1598] *Ibid*, p. 61.

[1599] Article L. 561-2, 13° du Code monétaire et financier ; C. MASCALA, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Droit et Patrimoine*, n° 149, 1er juin 2006.

[1600] D. GARABIOL, A. MONTEBOURG, B. VATIER, G. GUITTON, art. cit.

[1601] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit. ; D. GARABIOL, A. MONTEBOURG, B. VATIER, G. GUITTON, art. cit.

[1602] Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires.

[1603] CEDH, 6 décembre 2012, Michaud c/ France, n° 12323/11.

[1604] CJCE, 27 juin 2007, n° C-305/05.

terrorisme. L'article L. 561-3 du Code monétaire et financier exonère ainsi les avocats, de toute obligation pour leurs activités précédents, suivant ou accompagnant une procédure juridictionnelle, mais également, pour toute activité de consultation, sauf lorsque la consultation à précisément pour objet la commission d'une infraction de blanchiment[1605].

269. Les activités de l'avocat soumises aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'avocat est en revanche tenu aux obligations lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme pour son activité de conseil juridique. Cette dernière est, en effet, assimilée à une activité économique, en concurrence avec les activités bancaires au sens large[1606]. La mise en place des obligations de vigilance des établissements financiers, dix ans avant celle des avocats, avait par ailleurs conduit à un glissement du recours aux conseils des activités de placements financiers vers ces derniers, le secret professionnel étant instrumentalisé par les organisations criminelles[1607]. L'article L. 561-3 du Code monétaire et financier soumet, dès lors, les avocats au respect des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans trois hypothèses. En premier lieu, lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaires et se livrent, au nom et pour le compte de leurs clients, à toutes opérations financières ou immobilières. En second lieu, lorsqu'ils assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions listées au I, 2° de l'article L. 561-3 du Code monétaire et financier. En troisième lieu, lorsqu'elles fournissent, directement ou par toute personne interposée à laquelle elles sont liées, des conseils en matière fiscale.

Dans son rapport d'activité de 2020, Tracfin déplore la faible implication des avocats dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme[1608]. Ce constat est d'autant plus regrettable que la sensibilité des déclarations de soupçon et les enjeux financiers des déclarations traitées en 2020 démontrent l'intérêt d'une participation plus active[1609]. La légère hausse du nombre de déclarations de soupçons, passant de douze en 2019 à seize en 2020, s'explique par l'assujettissement des caisses de règlement pécuniaire des avocats[1610].

270. Les caisses de règlement pécuniaire des avocats. Les caisses de règlement pécuniaires des avocats, au sein desquelles transitent tous les flux financiers entre les avocats et leurs clients, sont également assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1611]. Elle est toutefois limitée au contrôle des fonds, effets ou valeurs déposés par les avocats pour le compte de leurs clients, au titre des activités pour lesquelles l'avocat est lui-même soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment de

---

[1605] Article L. 561-3, II du Code monétaire et financier.
[1606] D. GARABIOL, A. MONTEBOURG, B. VATIER, G. GUITTON, art. cit.
[1607] *Ibidem*.
[1608] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 113.
[1609] *Ibidem*.
[1610] *Ibid*.
[1611] Article L. 561-2, 18° du Code monétaire et financier.

capitaux et le financement du terrorisme. Leur rôle est ainsi de vérifier l'identité du client et du bénéficiaire effectif, l'origine des fonds et de déclarer à Tracfin tout soupçon de blanchiment de capitaux ainsi que les infractions sous-jacentes[1612]. Leur assujettissement permet d'élargir les moyens de détection des opérations atypiques et de pallier l'absence de déclaration de soupçon en provenance des avocats[1613].

b. Les autres professions juridiques

271. Les activités soumises au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des autres professions juridiques. Les autres professions juridiques telles que les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires, les commissaires-priseurs judiciaires, sont également soumis au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1614]. Leurs obligations sont toutefois limitées aux activités professionnelles impliquant leur participation au nom et pour le compte de leurs clients à toute transaction financière[1615] ou l'assistance de leur client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant l'achat, la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ou la constitution, la gestion ou la direction des sociétés[1616]. Sont ainsi exonérés leurs activités de consultations juridiques, à moins qu'elle n'ait été fournie à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client à de telles intentions[1617].

272. Les risques présentés par l'activité du notaire. Dès 1998, le GAFI indiquait dans son rapport sur les typologies qu'en raison de leur rôle central au sein des dispositifs juridiques des cessions immobilières ainsi que dans le cadre de la constitution de sociétés, les notaires sont susceptibles d'être confrontés à des faits de blanchiment[1618]. La cellule de traitement des informations financières a par ailleurs recensé différentes techniques utilisées[1619]. Dans le cadre d'investissements immobiliers par exemple, les notaires sont susceptibles d'être confrontés à la réalisation d'importantes acquisitions immobilières par des blanchisseurs au moyen de paiement en espèces de ces biens[1620]. Les soupçons du notaire peuvent également être éveillés lors d'opérations de blanchiment impliquant la constitution de sociétés. C'est le cas par exemple, lorsque l'intéressé est administrateur de plusieurs sociétés à l'objet social étendu,

---

[1612] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 77.
[1613] *Ibidem*.
[1614] Article L. 561-2, 13° du Code monétaire et financier.
[1615] Article L. 561-3, I, 1° du Code monétaire et financier.
[1616] Article L. 561-3, I, 2° du Code monétaire et financier.
[1617] Article L. 561-3, III du Code monétaire et financier.
[1618] *Rapport 1997/1998 sur les typologies du blanchiment*, GAFI, p. 11.
[1619] *Les notaires et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*, Cellule de traitement des informations financières, janvier 2012, p. 2.
[1620] *Ibidem*.

établies à la même adresse et constituées le même jour devant le même notaire et dont plus de la moitié sont en faillite[1621].

273. Les risques présentés par l'activité d'huissier de justice. De même, l'huissier de justice peut être amené lors de son activité de recouvrement forcée de créance, par exemple, à découvrir de fortes sommes d'argent en liquide provenant d'un débiteur de nationalité étrangère dont l'activité est connue pour générer du cash[1622]. Ce professionnel doit être attentif à un certain nombre de critères de risques tel que l'absence de présence physique du client aux fins d'identification, un train de vie disproportionné avec les revenus de l'activité déclarée ou encore une absence de correspondance entre l'objet social de la société créancière ou débitrice et le titre de recouvrement[1623]. Le nombre de déclarations de soupçons des huissiers de justice a fortement diminué en 2020 tandis que les enjeux financiers ont considérablement crû, passant de six millions d'euros en 2019 à vingt-trois millions six cent mille euros en 2020.

274. Les risques présentés par l'activité d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire. Les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires sont également soumis aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme depuis la loi n°2004-130 du 11 février 2004 en leur qualité de premier intervenant dans l'ordre public économique[1624]. Les reprises d'entreprises méritent une attention particulière tant pour les liens potentiels entre le repreneur et les dirigeants des entreprises que pour le seul profit du repreneur[1625]. Ces opérations peuvent en effet faire l'objet de tentatives de captation de savoir-faire ou d'injection de fonds issus de la criminalité organisée[1626]. Certains indices doivent ainsi les conduire à s'interroger sur la licéité de l'opération en cours, telle que le lien entre la personne ou l'opération avec un pays lié à des réseaux criminels ; l'absence de comptabilité ; les secteurs d'activité sensibles ; des mouvements de capitaux atypiques ; l'absence de justification de l'origine des fonds, etc[1627].

275. Les risques présentés par l'activité de greffiers des tribunaux de commerce. Les greffiers des tribunaux de commerce sont enfin soumis aux obligations liées à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme depuis le 12 février 2020[1628]. Dans son rapport d'activité de 2020, Tracfin souligne l'implication des greffiers des tribunaux de

---

[1621] *Ibid*, p. 11.

[1622] Lignes directrices conjointes entre la chambre nationale des huissiers de justice et Trafin sur les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des huissiers de justice, septembre 2018.

[1623] *Ibidem*, p. 9.

[1624] Tracfin et Le conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, Les lignes directrices anti-blanchiment et financement du terrorisme (LBC/FT) des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire, 25 septembre 2018.

[1625] *Ibidem*.

[1626] *Ibid*.

[1627] *Ibid*.

[1628] Ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020, renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

commerce dont les informations communiquées ont permis d'identifier des réseaux de fraude de grande ampleur donnant lieu à des transmissions aux autorités judiciaires[1629]. Sept-cent-vingt déclarations de soupçons ont ainsi été effectuées par cette profession en 2020 avec un enjeu financier de trente-six millions d'euros[1630]. L'activité déclarative de la profession a par exemple permis, durant l'année 2020, d'identifier un réseau de criminalité organisée en matière de fraude à la taxe sur la valeur ajoutée, reposant sur la création massive d'entreprises sur la base de faux documents[1631].

2. Les professionnels du chiffre assujettis

276. L'activité des professionnels du chiffre soumise au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les experts-comptables, salariés autorisés à exercer la profession d'experts et commissaire aux comptes, sont également soumis au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1632]. Le Haut conseil du commissariat au compte a émis une norme d'exercice professionnel homologuée par un arrêté du 20 avril 2010 relative à la mise en œuvre de ces obligations déclaratives pesant sur ces professionnels. Ceux-ci sont exemptés de leur obligation de déclaration de soupçon lorsqu'ils procèdent à des consultations, à moins que la consultation n'ait été fournie à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou que le client la demande à cette fin. Ils restent en revanche soumis à l'intégralité des obligations de vigilance[1633].

277. Les risques pesant sur l'activité des professionnels du chiffre. La transposition de la troisième directive de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme du 26 octobre 2005 par l'ordonnance du 30 janvier 2009 a élargi la portée de l'obligation déclarative en couvrant toute infraction génératrice de profit et susceptible d'être sanctionnée de plus d'un an d'emprisonnement. Tracfin se félicite d'être en mesure d'identifier d'éventuelles falsifications ou manipulations comptables de sociétés faisant l'objet de soupçons d'abus de biens sociaux ou d'organisation frauduleuse d'insolvabilité grâce à la matière transmise par les professionnels du chiffre[1634]. Environ quinze pour cent des déclarations de soupçons sont transmises au titre d'un abus de biens sociaux avec des cas de comptes courants d'associés débiteurs, de règlement de factures personnelles, de retraits injustifiés d'espèces ou de fausse facture[1635]. Les professionnels du chiffre communiquent également un nombre élevé

[1629] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 110.
[1630] *Ibidem*.
[1631] *Ibid*, p. 77 ; *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, préc., p. 20.
[1632] Article L. 561-2, 12° et 12 *bis* du Code monétaire et financier.
[1633] Lignes directrices conjointes du Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et de Tracfin sur la déclaration de soupçon, p. 4.
[1634] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 36.
[1635] *Ibidem*.

de signalements pour des soupçons de fraude fiscale et sociale[1636]. Généralement il s'agit de minorisation de chiffres d'affaires, de fausses factures ou de fraudes à la taxe sur la valeur ajoutée. La troisième grande catégorie typologique déclarée est relative à la provenance des fonds qui alimente le compte courant d'associé[1637].

3. Les professionnels du secteur de l'immobilier assujettis

278. Le risque de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme du secteur immobilier. Un rapport du 29 juin 2007 établi par le GAFI[1638] indique que « les investissements immobiliers représentent une méthode commune de blanchiment de capitaux illicites »[1639]. Les lignes directrices conjointes entre la DGCCRF et Tracfin alertent, de même, sur les risques que présente le secteur immobilier « pour le blanchiment de l'argent sale et objet d'activités criminelles déstabilisatrices de l'économie »[1640]. Plusieurs points communs quant à la profession, la résidence et les antécédents judiciaires des personnes physiques mises en cause dans des affaires de blanchiment par le biais d'acquisitions immobilières peuvent être relevés[1641]. Ces individus se déclarent généralement gérants, administrateurs ou directeurs de sociétés. Ils sont le plus souvent résidents à l'étranger. Ils sont enfin défavorablement connus des services de police, des douanes, de l'autorité judiciaire pour des infractions liées aux stupéfiants, au crime organisé ou à l'escroquerie. Les blanchisseurs privilégient le secteur immobilier au stade final de l'opération de blanchiment[1642]. Celle-ci se manifeste par des techniques communes de dissimulation, d'achat simulé ou de « *dessous-de-table* »[1643]. Ces systèmes présupposent la complicité de l'acheteur et du vendeur que l'agent immobilier peut soupçonner notamment lorsque le prix est notablement inférieur ou supérieur au prix du marché de la transaction[1644]. Les professionnels du secteur de l'immobilier peuvent également être à même de détecter des systèmes de blanchiment que les professionnels du secteur bancaire n'ont pas soupçonné. C'est le cas par exemple avec la technique du « *prêt adossé* » qui consiste en la souscription d'un prêt en utilisant comme garantie des capitaux qui sont le profit d'activités illicites, afin d'investir, en apparence, de l'argent licite dans des activités légales[1645]. Le blanchisseur ouvre alors un compte dans un établissement bancaire situé dans un pays qui ne

[1636] *Ibid*.
[1637] *Ibid*.
[1638] FATF-GAFI, *Money laundering & terrorist financing through the real estate sector*, 29 juin 2007.
[1639] M. FEFERMAN et Y. PELOSI, « Risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme par les profesionnels du secteur immobilier. Présentation des principales typologies et des facteurs de risque », *AJDI* 2010 p. 701.
[1640] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), p. 4.
[1641] M. FEFERMAN et Y. PELOSI, art. cit.
[1642] *Ibidem*.
[1643] « L'acheteur et le vendeur d'un bien immobilier conviennent de la dissimulation d'une partie du prix de la transaction par un accord qui n'est pas déclarée aux autorités » : M. FEFERMAN et Y. PELOSI, art. cit.
[1644] *Ibid*.
[1645] *Ibid*.

présente pas de dispositifs de prévention contre le blanchiment équivalent au notre. En disposant dès lors, d'une origine et justification légale des fonds ainsi acquis, il peut obtient un prêt immobilier auprès d'une banque française.

279. Les activités visées par le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et financement du terrorisme. L'article L. 561-2 du Code monétaire et financier 8° vise ainsi les intermédiaires immobiliers se livrant à l'une des activités visées à l'article premier de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 relative aux conditions d'exercice des activités portant sur les immeubles et les fonds de commerce, uniquement en ce qui concerne leur activité de location en exécution d'un mandat de transaction de biens immeubles dans le loyer mensuel est supérieur ou égal à dix mille euros. Il s'agit des personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui relative à : l'achat, la vente, la recherche, l'échange, la location ou sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé d'immeuble bâti ou non bâti ; l'achat, la vente ou la location-gérance de fonds de commerce ; la souscription, l'achat, la vente d'actions ou de parts de sociétés immobilières ou de société d'habitat participatif donnant vocation à une attribution de locaux en jouissance ou en propriété ; l'achat, la vente de parts sociales non négociable lorsque l'actif social comprend un immeuble ou un fonds de commerce ; la conclusion de tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé régi par les articles L. 121–60 et suivants du Code de la consommation[1646]. Seules sont exclues du périmètre d'assujettissement de ces professionnels les activités d'échange, la location et la sous-location d'un bien immobilier lorsque ce dernier est loué pour un montant si tu es en dessous d'un certain seuil. Les acquisitions immobilières présentent en effet un risque plus élevé de blanchiment par rapport à la location, en raison des flux importants engagés dans l'opération[1647].

Les déclarations de soupçon du secteur immobilier ont réduit de vingt-sept pour cent entre 2019 et 2020[1648]. Le volume d'information déclaré est modeste au vu du nombre de transactions immobilières réalisées chaque année en France[1649].

4. Les professionnels du secteur du jeu assujettis

280. Les activités visées par le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les jeux physiques d'argent et de hasard présentent des

[1646] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit. ; Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), p. 4.

[1647] M. FEFERMAN et Y. PELOSI, art. cit.

[1648] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 125.

[1649] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, préc., p. 35.

risques importants du fait de l'utilisation d'espèces et l'anonymat des joueurs[1650]. Les représentants légaux et responsables des entreprises de jeu exercés physiquement sur le territoire national sont ainsi visés par le 9° de l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier. Les dossiers ayant fait l'objet de déclarations de soupçon des casinos portent principalement sur l'utilisation massive d'espèces à l'origine indéterminée par des individus sans activité professionnelle déclarée, se livrant de manière habituelle à des prises de jeu et persistant à jouer malgré des pertes régulières[1651].

Les jeux en ligne constituent une source supplémentaire de risques de blanchiment. Ils mobilisent, en effet, des fonds très élevés, sans préoccupations des frontières étatiques, et constituent dès lors un vecteur privilégié, parmi les plus opaques, du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme[1652]. Le 9° *bis* de l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier vise par conséquent les opérateurs de jeux ou de paris en ligne.

La Française des jeux a ainsi considérablement amélioré son dispositif par la rechercher d'environnement et de connaissance de la relation d'affaires : profession de la personne, entourage d'une présumée victime, résonance numérique d'un individu soupçonné d'avoir commis une infraction[1653]. Elle sollicite désormais des justificatifs sur l'origine des fonds et a permis au Tracfin d'identifier plusieurs dossiers de présomption de blanchiment en mettant en évidence des gains élevés récurrents[1654].

Les opérateurs les plus contributifs permettent de révéler des typologies telles que le blanchiment d'espèces d'origine illicite par le biais de cartes prépayées. L'approvisionnement d'un compte joueur en espèce par l'intermédiaire de ces nouveaux moyens de paiement représente l'une des typologies les plus fréquemment déclarées à Tracfin avec le non-jeu[1655] et la détection de liens entre différents comptes joueurs créés sur la base d'identités usurpées[1656].

281. La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, condition d'existence des opérateurs de jeux en ligne. La prévention de la lutte contre le blanchiment d'argent est un enjeu particulièrement important pour les opérateurs de jeux en ligne puisqu'elle représente une condition à leur existence. Les opérateurs de jeux en ligne doivent, en effet, obtenir un agrément délivré par l'Autorité de régulation des jeux en ligne en

---

[1650] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit. ; *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 20.

[1651] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 21.

[1652] F. DEFFERRARD, « " L'internetalisation " du jeu et la lutte contre le blanchiment », *Gaz. Pal*. 24 juin 2010, p. 9.

[1653] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 21.

[1654] *Ibidem*.

[1655] « Bancarisation de fonds à partir d'un compte joueur en provenance de cartes prépayées sans engagement de mise » : *Ibid*, p. 22.

[1656] *Ibid*.

se conformant à un cahier des charges[1657]. Parmi les obligations qui y figurent, l'opérateur doit pouvoir justifier de sa capacité à assumer ses obligations en matière de lutte contre les activités frauduleuses ou criminelles et, en particulier, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1658]. Dans un délai d'un an qui suit la délivrance de l'agrément, l'opérateur est tenu de transmettre à l'Autorité de régulation des jeux en ligne une nouvelle certification, effectuée par un organisme indépendant vérifiant le respect de l'ensemble de ses obligations[1659].

5. Les professionnels de la vente de biens meubles

282. L'assujettissement du secteur de l'art au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ces professionnels exercent dans un secteur particulièrement sensible en raison de plusieurs facteurs de risques tels que la fréquence importante des paiements en espèce, des prix de vente volatils, le développement des ventes à distance, une internationalisation de la profession et des flux, le détournement de ports francs[1660]. Le secteur de l'art est ainsi répertorié par Tracfin comme un secteur particulièrement perméable au blanchiment du produit des délits de corruption ou de détournement de fonds publics commis à l'étranger[1661]. Il est également exposé à la commission de fraudes fiscales[1662]. La vente d'un bien culturel peut, par exemple, être effectuée en dehors de toute démarche légale ou à un prix minoré afin d'éluder tout ou partie des taxes relatives à la transaction[1663]. Autre exemple, elle peut être organisée par l'entremise de structures *offshore* permettant d'injecter et de blanchir le produit d'une fraude fiscale[1664]. Le secteur de l'art présente également un risque élevé de financement du terrorisme. Le trafic d'antiquité issu du pillage archéologique commis en zone de conflit présente une porosité avec le financement d'organisations terroristes[1665]. Les organisations terroristes impliquées dans des conflits armés contrôlent, en effet, des régions dotées d'un patrimoine culturel important. Les membres de ces organisations ont monté des mécanismes permettant d'exfiltrer massivement les biens pillés vers les pays occidentaux avant de les blanchir dans les circuits légaux du marché de l'art[1666].

Le 10° de l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier vise « les personnes qui négocient des œuvres d'art et des antiquités ou agissent en qualité d'intermédiaires dans le commerce des œuvres d'art et d'antiquités, y compris lorsque celui-ci est réalisé par des galeries

---

[1657] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1), article 20, al. 2 et article 21.

[1658] F. DEFFERRARD, art. cit.

[1659] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1), article 23.

[1660] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, préc., p. 43.

[1661] *Ibidem*, p. 14.

[1662] *Ibid*, p. 44.

[1663] *Ibid*.

[1664] *Ibid*.

[1665] *Ibid*, p. 47.

[1666] *Ibid*.

d'art, lorsque la valeur de la transaction ou d'une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à 10 000 euros et les personnes qui entreposent ou négocient des œuvres d'art ou agissent en qualité d'intermédiaires dans le commerce des œuvres d'art quand celui-ci est réalisé dans des ports francs ou zones franches, lorsque la valeur de la transaction ou d'une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à 10 000 euros ». Leur assujettissement est donc conditionné à l'existence d'une transaction ou d'une série de transactions liées, d'un montant égal ou supérieur à dix mille euros.

283. L'assujettissement des professionnels acceptant certains moyens de paiement au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le 11° de l'article L. 561-2 du Code de monétaire et financier vise « Les personnes acceptant des paiements en espèces ou au moyen de monnaie électronique d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret et se livrant au commerce de biens ». Le commerce peut présenter un caractère intrinsèquement complexe lorsqu'il est organisé par des chaînes d'approvisionnement interconnectées qui s'étendent dans le monde entier[1667]. Ces chaînes sont exploitées par des groupes criminels organisés, des blanchisseurs de capitaux et des réseaux de financement du terrorisme, ils favorisent la diversité des flux financiers, y compris les produits d'infractions. Ces flux visent l'introduction d'espèces illicites dans le système financier[1668]. Les groupes criminels achètent avec des espèces illégales des biens tels que des véhicules de luxe dans un pays pour les revendre dans des pays différents en s'appuyant sur des sociétés d'import-export qu'ils contrôlent. Les types d'entreprises exposées au risque d'exploitation à des fins de blanchiment de capitaux sont variés. Le paiement régulier et important en espèce fait partie des indicateurs de risque répertorié par le GAFI[1669].

Jusqu'alors la loi visait exclusivement les personnes se livrant au commerce de pierres précieuses, métaux précieux, bijoux, objets d'ameublement et de décoration d'intérieur, produits cosmétiques, produits textiles, maroquinerie, produits gastronomie, horlogerie, art de la table[1670]. Le 11° bis vise toutefois, en particulier, les personnes se livrant à titre habituel et principal au commerce de métaux précieux ou de pierre précieuse lorsque la transaction ou une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à dix mille euros. Les négociants en pierres et métaux précieux sont exposés à des risques importants de blanchiments de capitaux dus aux paiements importants en espèces. Les autorités allemandes ont noté que ces paiements étaient régulièrement justes en dessous du seuil de l'obligation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme [1671]. Le seuil a ainsi été abaissé à deux mille euros par la loi nationale allemande. L'or peut également être utilisé comme une forme de valeur alternative dans le processus de blanchiment de capitaux, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un

[1667] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution*, GAFI, 2020, p. 5.
[1668] *Ibidem*, p. 6.
[1669] *Ibid*, p. 30.
[1670] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.
[1671] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution*, préc., p. 23.

produit exploité pour déplacer des valeurs, mais pour substituer les espèces[1672]. Aux États-Unis quatre citoyens péruviens ont ainsi été inculpés pour suspicion d'implication dans un schéma international de blanchiment de plusieurs milliards de dollars de capitaux à partir d'or[1673]. Entre 2013 et 2017, ces personnes ont en effet, acheté via des négociants de métaux précieux basés en Floride, des milliards de dollars d'or extrait illégalement, dont ils savaient probablement qu'il s'agissait des gains d'une activité criminelle. L'or était ensuite vendu à des usines d'affinage aux États-Unis, payant par virement bancaire ce qui donnait l'illusion de paiements légitimes.

284. L'assujettissement des opérateurs de vente volontaire de meubles aux enchères publiques au dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le 14° de l'article L. 561-2 du Code de monétaire et financier vise « Les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques lorsque la valeur de la transaction ou d'une série de transactions liées est d'un montant égal ou supérieur à 10 000 euros ». Ces opérateurs se livrent, en tant que mandataire des propriétaires des biens, à l'estimation de biens mobiliers, à l'organisation et à la réalisation de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques. Ils sont confrontés aux mêmes problématiques que les négociants d'œuvre d'art et notamment au trafic illicite de biens culturels opéré par les groupes terroristes[1674]. Leur prestation présente en effet les mêmes facteurs de risques en raison du paiement en espèce ou en cartes prépayées ; de la subjectivité et de la volatilité des prix de vente ; du développement des ventes à distance ; de l'utilisation des ports francs[1675].

6. Les sociétés de domiciliation

285. Le risque lié à l'activité des sociétés de domiciliation. Le 15° de l'article L. 561-2 du Code de monétaire et financier vise « les personnes exerçant l'activité de domiciliation mentionnée aux articles L. 123-11-2 et suivants du code de commerce ». Elles favorisent l'anonymat et l'opacité des sociétés et notamment la création de sociétés-écrans intervenant dans les circuits de blanchiment au cours de la phase d'éloignement de l'argent de sa source[1676]. Dans son rapport d'activité de l'année 2020, Tracfin relève un faible volume déclaratif de ces professionnels et s'étonne notamment du nombre anormalement bas de déclarations des

[1672] *Ibidem*, p. 25.
[1673] *Ibid*.
[1674] Lignes directrices conjointes entre la direction des douanes et droits indirects et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les opérateurs de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques visées à l'article L. 561-2 14° du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, novembre 2020, p. 5.
[1675] *Ibidem*, p. 6.
[1676] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.

assujettis d'Île-de-France, qui concentre pourtant un nombre important de sociétés de domiciliation[1677].

7. Les agents sportifs

286. Les risques en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme liés au milieu du sport. La profession d'agent sportif[1678] est assujettie aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au titre du 16° de l'article L. 561-2 du Code de monétaire et financier, depuis la loi n° 2010-626 du 9 juin 2010. Plus de six cents agents sportifs exercent cette profession en France, dont environ deux tiers dans le football[1679]. Ils négocient des contrats internationaux portant sur des sommes d'argent très importantes dans des conditions non exemptes de risques de paiement de rétrocommissions[1680]. Ces professionnels constituent un potentiel déclaratif sous-exploité, car ils sont insuffisamment encadrés et impliqués dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[1681]. Le rapport de la Grande conférence sur le sport du 19 avril 2016 faisait ainsi état de contrôles insuffisants de la profession au regard des flux financiers qu'ils génèrent[1682]. Le rapport relève notamment l'absence de moyens pour contrôler les flux financiers liés à des opérations de placement, aux rétrocommissions ou aux rémunérations. L'exposition médiatique des événements sportifs, les moyens financiers alloués et les gains liés à l'organisation de compétitions sportives exposent le secteur du sport à la corruption[1683]. Celle-ci peut toucher les sportifs, le corps arbitral, elle peut avoir pour objet l'attribution de compétitions sportives ou l'obtention de marché public dédié à la construction d'infrastructures sportives. Le secteur est également exposé aux risques de manipulations de compétitions par la prise de paris sportifs[1684]. La France a par ailleurs mis en place une plateforme nationale visant la collecte et la transmission entre les acteurs des informations relatives à la manipulation de compétitions[1685].

287. Conclusion §1. La construction d'une chaîne de responsabilité des professionnels intervenant à chaque étape du processus criminel visé. La France a fait le choix d'un assujettissement large pour la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, construisant une chaîne de responsabilité reposant sur des filtres

---

[1677] *Rapport d'activité et d'analyse*, Tracfin, 2020, p. 123.

[1678] « L'agent sportif est celui qui, à titre occasionnel ou habituel, contre rémunération, met en rapport les parties intéressées à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive conformément à l'article L. 227 du code du sport », *in Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, Tracfin, 2019-2020, p. 49.

[1679] *Ibidem*.

[1680] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, art. cit.

[1681] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, préc., p. 50.

[1682] *Ibidem*, p. 51.

[1683] *Ibid*.

[1684] *Ibid*, p. 53.

[1685] *Ibid*.

successifs de professionnels, confrontés à des phénomènes criminogènes en raison de leur activité, mais qui ne font pas face aux mêmes typologies de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ou qui interviennent à différentes étapes du processus criminel[1686]. Leurs regards croisés sur une même opération à risque permettent de capturer le criminel à chaque étape de sa tentative d'infiltration dans l'économie légale[1687]. Tracfin dispose ainsi d'une vision panoramique et transverse des flux suspects et des typologies d'abus ou de détournements à des fins illicites. Sur la période 2016-2020, le nombre de déclarations de soupçon reçues par Tracfin a été multiplié par un virgule huit. Ce résultat témoigne, selon le Service, de la maturité et de la résilience du dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il témoigne, notamment, de la mobilisation de l'ensemble des professionnels déclarants qui y consacrent des humains, techniques et financiers importants. La part des déclarations de soupçon reçues par Tracfin issues du secteur financier représente quatre-vingt-quatorze pour cent des flux déclaratifs. Si l'activité globale déclarative des professions non financières est stable entre 2019 et 2020, des écarts importants entre catégories d'assujettis sont relevés par Tracfin. Le nombre de signalement des huissiers de justice, intermédiaires immobiliers, notaire ou encore administrateurs judiciaires a baissé, compensé par la forte hausse du nombre de déclarations de soupçon des greffiers des tribunaux de commerce et des opérateurs de jeux en ligne sur la même période. La logique est autre lorsqu'il s'agit de lutter contre la cybercriminalité, les opérateurs mobilisés étant les victimes potentielles de ces opérations criminelles.

§2. L'ENTREPRISE APTE A LUTTER CONTRE LA CYBERCRIMINALITE

288. L'entreprise apte à lutter contre la cybercriminalité. La cybercriminalité est une menace dont l'ampleur, la fréquence et l'impact ne cessent de croître[1688]. La protection des réseaux et systèmes d'information est un enjeu de souveraineté, lié à l'autonomie de décision et d'action dans le domaine politique, diplomatique et militaire. C'est également un enjeu économique, nécessaire pour la circulation transfrontalière des biens, des services et des personnes. Cette protection repose sur les opérateurs eux-mêmes, grâce à leur compétence technique et leur moyen financier. Les opérateurs dont l'activité est d'une importance telle pour la nation qu'elle ne peut et ne doit être interrompue ont ainsi l'obligation de se prémunir efficacement contre de telles malversations. La loi française renvoie ainsi aux opérateurs d'importance vitale **(A)** quand les textes européens ont créé deux nouveaux statuts **(B)**.

[1686] S. BORLANT-CLEMENT, *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Dalloz, 2021, p. 94.

[1687] *Ibidem*, p. 102.

[1688] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016.

A. Les opérateurs d'importance vitale

289. Les opérateurs d'importance vitale[1689]. Face à l'augmentation des attaques informatiques et à leur impact potentiellement destructeur, les opérateurs privés qui exploitent ou utilisent des installations jugées indispensables pour la survie de la nation sont soumis à un dispositif obligatoire de cybersécurité de ces infrastructures critiques. Il s'agit des installations dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation[1690].

La détermination des opérateurs d'importance vitale suppose d'identifier les secteurs d'activité d'importance vitale. Ces secteurs sont ceux qui ont trait à la production et à la distribution des biens ou des services visés à l'article R. 1332-2 du Code de la défense ou qui peuvent présenter un danger grave pour la population. Les biens et services visés sont ceux qui sont « indispensables à la satisfaction des besoins essentiels pour la vie des populations, à l'exercice de l'autorité de l'État, au fonctionnement de l'économie, au maintien du potentiel de défense ou à la sécurité de la nation dès lors que l'activité dans laquelle ils s'inscrivent est difficilement substituable ou remplaçable »[1691]. Les secteurs concernés sont listés à l'annexe 1 de l'arrêté du 2 juin 2006[1692] modifié par un arrêté du 3 juillet 2008[1693].

Dans sa plaquette relative à la sécurité des activités d'importance vitale, le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale fait état de deux-cent-quarante-neuf opérateurs d'importance vitale dont la liste est tenue secrète. Ces établissements sont désignés par les ministres coordinateurs de chacun des secteurs d'activité[1694].

B. Les statuts issus de la législation européenne

290. Les statuts issus de la législation européenne. Les textes européens ont créé les statuts d'Opérateurs de services essentiels[1695] **(1)** et de Fournisseur de service numérique[1696] **(2)**.

[1689] Art. R. 1332-1, II, du Code de la défense.

[1690] C. FERAL-SCHUHL, « Opérateurs d'importance vitale (OIV) », Praxis Cyberdroit, Dalloz, 2020-2021, Chapitre 513, Section 2.

[1691] J. EYNARD, « Cybersécurité », *Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication*, janvier 2021.

[1692] JO 4 juin 2006, n° 129, p. 8502, texte n° 1.

[1693] JO 5 juillet 2008, n° 156, p. 10823, texte n° 6.

[1694] Article L. 1332-1 du Code de la défense.

[1695] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 5.

[1696] Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, 6 juillet 2016, annexe 3 ; LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 11, III.

1. Les opérateurs de service essentiels

291. Les opérateurs de service essentiels. Sont désignés opérateurs de services essentiels, les opérateurs fournissant au moins un service déterminé comme essentiel et dont l'interruption aurait un impact significatif sur le fonctionnement de l'économie ou de la société qui, en cas d'incident affectant le réseau ou le système d'information aurait sur la fourniture de ce service des conséquences graves au regard du nombre d'utilisateurs dépendant du service[1697] ; de la dépendance des auteurs secteurs d'activité désignés comme essentiel[1698] ; des conséquences qu'un incident pourrait avoir en termes de gravité et de durée sur le fonctionnement de l'économie et de la société ou sur la sécurité publique[1699] ; la part de marché de l'opérateur[1700] ; la portée géographique eu égard à la zone géographique susceptible d'être touchée[1701] ; l'importance que revêt l'opérateur pour assurer un service suffisant[1702]. Les services essentiels sont ceux des secteurs de l'énergie, des transports, des gestionnaires de plateforme logistiques, des services bancaires, des services financiers, de l'assurance, des infrastructures de marché financier, de la santé, de l'eau, des infrastructures numériques, des prestataires de services relatifs au système des noms de domaine[1703]. Ils sont désignés par arrêté du Premier ministre[1704].

2. Les fournisseurs de service numérique

292. Les fournisseurs de service numérique. Sont désignés fournisseurs de service numérique les personnes morales qui fournissent un service à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service relevant d'une des trois catégories suivantes : les places de marché en ligne, les moteurs de recherche en ligne, les services d'informatique en nuage[1705]. La place de marché en ligne est définie comme un service numérique qui permet à des consommateurs ou à des professionnels « de conclure des contrats de vente ou de service en ligne avec des professionnels soit sur le site internet de la place de marché en ligne, soit sur le site internet d'un professionnel qui utilise les services informatiques fournis par la place de marché en ligne »[1706]. Il s'agit de services en ligne de type Amazon, Rue du Commerce ou Expedia[1707]. Le moteur de recherche en ligne est « un service numérique qui permet aux utilisateurs d'effectuer des recherches sur, en principe, tous les sites internet ou sur

---

[1697] Décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, article 2, 1°.

[1698] *Ibidem*, article 2, 2°.

[1699] *Ibid*, article 2, 3°.

[1700] *Ibid*, article 2, 4°.

[1701] *Ibid*, article 2, 5°.

[1702] *Ibid*, article 2, 6°.

[1703] *Ibid*, Annexe.

[1704] *Ibid*, article 3.

[1705] C. FÉRAL-SCHUHL, art. cit.

[1706] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 10, 2°, a).

[1707] J. EYNARD, art. cit.

les sites internet dans une langue donnée, sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot clé, d'une phrase ou d'une autre entrée, et qui renvoie des liens à partir desquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé »[1708]. Il s'agit notamment du service proposé par Google[1709]. Quant au service d'informatique en nuage, il s'agit d'un « service numérique qui permet l'accès à un ensemble modulable et variable de ressources informatiques pouvant être partagées »[1710]. Dropbox, Google Drive ou Amazon Web Services en sont des illustrations[1711]. Eu égard à la charge économique que suppose la mise en place du dispositif de lutte contre la cybercriminalité, seules les entreprises qui emploient plus de cinquante salariés et dont le chiffre d'affaires annuel excède les dix millions d'euros sont soumises à la réglementation[1712].

Les réseaux sociaux, en revanche, ne sont pas visés. Cela est justifié par le fait que les réseaux sociaux ne sont pas déterminants pour l'activité commerciale ou le fonctionnement d'autres services comme ceux fournis par les opérateurs de services essentiels[1713].

293. Conclusion §2. Les sujets de la *compliance* en raison des de leur exposition aux risques. La finalité de l'obligation de *compliance* qui pèse sur les assujettis en raison de la nature de leur activité est d'une part la prévention de la commission d'infraction, non pas parce que ces assujettis sont particulièrement délinquants, mais parce qu'ils sont exposés aux risques. Les assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont des professionnels qui peuvent, en effet, être instrumentalisés par leurs clients[1714] quand les assujettis à la cybersécurité sont exposés aux attaques cyber. La finalité est d'autre part la transmission d'informations aux autorités publiques. Ces professionnels étant « *sur le chemin de l'information* » de par leur exposition aux risques, ils sont les mieux placés pour renseigner les pouvoirs publics. Si la finalité de collaboration entre pouvoirs publics et sujets d'un droit de la *compliance* en raison de leur puissance économique est également présente, elle repose cette fois sur le potentiel de délinquance des opérateurs visés. La loi de *compliance* vise ainsi leur autodiscipline[1715].

[1708] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 10, 2°, b).

[1709] J. EYNARD, art. cit.

[1710] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 10, 2°, c).

[1711] J. EYNARD, art. cit.

[1712] LOI n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), article 11, III.

[1713] J. EYNARD, art. cit.

[1714] S. BORLANT-CLÉMENT, *op. cit*., p. 35.

[1715] *Ibidem*.

SECTION 2 : LES SUJETS D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* EN RAISON DE LEUR PUISSANCE ECONOMIQUE

294. Les sujets d'un droit de la *compliance* en raison de leur puissance économique. Les infractions commises par les multinationales sont difficiles à appréhender pour les pouvoirs publics. Ces infractions sont transfrontières, il est difficile pour les autorités publiques de savoir ce qu'il se passe dans d'autres états et plus encore d'en rapporter la preuve. Cette dernière est d'autant plus difficile à rapporter que le fonctionnement de l'entreprise reste opaque aux autorités. Les rôles vont donc s'inverser et l'entreprise va être en charge de détecter elle-même les infractions commises en son sein en mettant en œuvre un dispositif complexe et couteux de *compliance*. L'État recherche le « *bras armé* » des entreprises de tailles significatives pour maintenir et étendre la police des activités économiques qu'il n'a plus les moyens d'assurer lui-même[1716]. Seules les entreprises qui ont les moyens d'atteindre ces buts mondiaux monumentaux peuvent se voir imposer de telles obligations. Ce sont des entreprises puissantes, informées, en position d'agir, et ayant un impact international du fait de leur activité[1717]. La loi de *compliance*, en conséquence, doit sélectionner l'entreprise sujet de la *compliance* en raison de sa puissance économique **(§1)** et à vocation à rayonner au-delà des frontières étatiques et des seules entreprises directement visées par le texte **(§2)**.

§1. LA SELECTION DE L'ENTREPRISE EN RAISON DE SA PUISSANCE ECONOMIQUE

295. La sélection de l'entreprise en raison de sa puissance économique. Eu égard à la réalisation des buts monumentaux de la *compliance*, seules les entreprises de taille « *significative* »[1718] sont des sujets pertinents de la *compliance* **(A).** Les petites entreprises doivent en conséquence être écartées **(B)**.

A. Les entreprises de taille significative

296. Les entreprises de taille significative. La sélection des entreprises de taille significative se fait via la méthode des seuils **(1)**. L'absence de cohérence quant aux critères de sélection entre les différentes législations est toutefois regrettable **(2)**.

[1716] A. GAUDEMET, « Conclusion », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 250 ; A. GAUDEMET, « What is compliance ? », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 90.

[1717] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et confiance », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre, Autour du droit bancaire et financier*, Joly éditions, Lextenso, décembre 2017, p. 279-290.

[1718] *Ibidem*

1. La sélection de l'entreprise de taille significative par la méthode des seuils

297. La sélection de l'entreprise de taille significative par la méthode des seuils. La sélection par la pratique du double seuil peut être observée dans la loi Sapin 2 **(a),** son absence peut être regrettée dans la loi vigilance **(b)**.

a. L'illustration de la méthode du double seuil de la loi Sapin 2

298. Le champ d'application de la loi Sapin 2. La loi Sapin 2 s'impose aux présidents, directeurs généraux et gérants d'une société « employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros »[1719]. La loi instaure donc un double critère cumulatif[1720]. Le premier critère est basé sur le nombre de salariés. Est ainsi concernée toute société qui emploie, en France, au moins cinq cents salariés ou toute société qui appartient à un groupe de sociétés qui emploie au moins cinq cents salariés dans le monde, mais dont la société mère a son siège social en France. La notion de « groupe de sociétés » comme mentionnée par la loi devrait être entendue, d'après la décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 du Conseil constitutionnel, comme désignant « l'ensemble formé par une société et ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou comme l'ensemble formé par une société et celles qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du même code ». Le deuxième critère est basé sur le chiffre d'affaires. Celui-ci doit être supérieur à cent millions d'euros. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi ne comporte pas d'explications sur les raisons ayant présidé à la fixation de ces seuils, relevant simplement que les obligations prévues par l'article devaient s'appliquer aux « *plus grandes entreprises* ». Le rapport d'information sur l'évaluation de la loi Sapin 2 déplore que ces seuils ne prennent pas en compte le profil de risque de l'entreprise qui dépend de nombreux paramètres tels que le secteur d'activité, sa gouvernance, son implantation géographique, son organisation, son modèle économique ou encore l'identité des tiers[1721]. L'Agence française anticorruption reconnaît elle-même que les « les obligations qui découlent de la loi doivent être, en réalité, adaptées non à sa seule taille mais à son profil de risque » [1722]. L'agence estime toutefois que les seuils fixés présentent deux avantages. D'abord ils permettent de « soumettre les plus grands groupes français à l'obligation de mettre en place un dispositif efficace pour se prémunir contre le risque de corruption » [1723].

[1719] 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 (1), article 17, I.

[1720] AFA, Périmètre des contrôles prévus au III de l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, avril 2019, p. 3.

[1721] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* rapporteurs R. GAUVIN et O. MARLEIX, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mercredi 7 juillet 2021, p. 52.

[1722] *Ibidem*.

[1723] *Ibid*.

Ensuite, ils sont « vertueux, car l'obligation légale pesant sur les grands groupes de déployer un dispositif anticorruption, et notamment une évaluation de l'intégrité de leurs tiers, conduit les entreprises sous les seuils, qui font affaire avec eux, à mettre en place des mesures pour démontrer leur intégrité » [1724].

La loi prévoit que lorsque la société établit des comptes consolidés[1725], les obligations de prévention et de détection portent sur la société consolidante ainsi que sur l'ensemble de ses filiales, au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, ou des sociétés qu'elle contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce[1726]. Par exception, les filiales ou sociétés contrôlées dépassant les seuils précités sont réputées satisfaire à leurs obligations de prévention et de détection si les mesures et procédures mises en œuvre par la société consolidante s'appliquent à l'ensemble des filiales et sociétés contrôlées, limitant leur charge déclarative[1727]. Certains auteurs préconisent toutefois que les sociétés contrôlées qui dépassent elles-mêmes les seuils réalisent leur propre *reporting* au motif que la déclaration globale effectuée par la société mère ne permet pas de refléter les particularités de chaque filiale[1728].

b. L'illustration de la méthode du seuil unique de la loi vigilance

299. Le champ d'application de la loi vigilance. La loi vigilance a un champ d'application plus restreint que la loi Sapin 2. Elle vise des organisations productives de grande envergure en mesure de protéger les atteintes aux droits de l'homme et de l'environnement. On ne saurait, en effet, attendre des petites et moyennes entreprises, dont les moyens sont réduits et le cadre opérationnel moins formel, de mettre en œuvre le même degré de vigilance que les grandes entreprises multinationales[1729]. L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce vise ainsi « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger » [1730].

[1724] *Ibid*.

[1725] « Dans le cas d'un groupe, on parle de chiffre d'affaires consolidé lorsque sont additionnés les chiffres d'affaires de l'ensemble des filiales (ou des sociétés contrôlées par la maison mère au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce), après déduction des ventes internes au groupe », *in* AFA, Périmètre des contrôles prévus au III de l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, avril 2019, p. 7.

[1726] 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 (1), article 17, I.

[1727] *Ibid*.

[1728] V. MERCIER, « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018.

[1729] C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit social* 2017, p. 806.

[1730] Art. L. 225-102-4.-I du Code de Commerce.

La question de la nature du siège social en cause s'est alors posée[1731]. L'un des enjeux de la loi vigilance est, en effet, de tenir compte de la réalité des chaînes de production internes à l'entreprise, or soumettre les obligations de vigilance à la loi du siège statutaire de l'entreprise équivaut à laisser le libre choix aux associés de la loi applicable à leur société. Le risque est ainsi réel que la loi vigilance puisse être contournée par le choix opportun d'un siège social dans un État moins regardant[1732]. La directive européenne retient toutefois le critère du siège statutaire de la société[1733]. Une telle solution serait acceptable si, par ailleurs, d'autres mécanismes permettaient d'imposer à la société en question certaines règles, même si celle-ci est régie par une loi différente : c'est notamment le cas mécanisme traditionnel du droit international privé des lois de police[1734]. Ce mécanisme permet, en effet, d'imposer l'application de la loi du *for* lorsque la loi normalement applicable n'atteint pas le but, d'une importance particulière, que vise celle-ci. Il s'agit ainsi d'imposer l'application de la loi française à des sociétés qui, quoique n'en relevant pas, présentent avec l'ordre juridique français un lien suffisamment étroit pour justifier que la politique législative française soit suivie. Tel serait bien le cas si une société immatriculée à l'étranger possédait un siège réel sur le territoire français. La voie des lois de police, toutefois, a été partiellement occultée par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans une affaire Inspire Art, la Cour avait considéré qu'imposer par le biais des lois de police une série d'exigences à des sociétés incorporées à l'étranger, mais réalisant l'intégralité de leur activité économique sur le territoire du *for*, portait une atteinte disproportionnée aux exigences de la liberté d'établissement garantie par le traité[1735].

Madame Sachs déplore par ailleurs que le champ d'application soit déterminé au regard du nombre de salariés, alors même que le domaine de la vigilance dépasse largement le domaine de la préservation des droits fondamentaux des salariés[1736]. Dans le texte de la proposition de loi adoptée en deuxième lecture au Sénat, il avait ainsi été proposé de combiner des critères économiques portant sur le montant total du bilan ou le montant net de chiffre d'affaires, et des seuils sociaux. Le Conseil constitutionnel a néanmoins relevé que l'instauration des seuils actuels repose sur « des critères et des catégories en rapport avec l'objectif de la loi »[1737], notamment prévenir des atteintes aux droits fondamentaux, à la santé et à la sécurité des travailleurs. Ce critère pose néanmoins un problème de transparence. Il ne permet pas d'identifier les entreprises assujetties au devoir de vigilance, les effectifs des entreprises n'étant

[1731] E. PATAUT, « Le devoir de vigilance-Aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833 ; A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *RLDA*, n°128, 1re juillet 2017.

[1732] E. PATAUT, art. cit.

[1733] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, art. 2, 6.

[1734] E. PATAUT, art. cit.

[1735] CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, Inspire Art, *D*. 2004. 491, note E. PATAUT ; *D*. 2003. 2874, chron. M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 2004. 135, note J.-P. DOM ; *Rev. crit. DIP* 2004. 151, note H. MUIR WATT ; *RTD eur*. 2004. 533, chron. C. PRIETO.

[1736] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail*, 2017 p. 380.

[1737] Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, cons. 21.

pas des données publiques[1738]. Un rapport d'information relatif au devoir de vigilance des multinationales, destiné à compléter la proposition de résolution européenne, propose en conséquence de développer des critères qui ne soient pas limités aux seuls effectifs des groupes[1739]. Il propose de retenir, par exemple, le chiffre d'affaires réalisé en Europe ou le pouvoir de marché de l'entreprise, ce qui permettrait de ne pas tenir compte du lieu du siège de l'entreprise. Le rapport d'évaluation de la loi vigilance de janvier 2020 propose également dans sa première recommandation, l'ajout des critères de bilan et/ou de chiffre d'affaires, outre le nombre de salariés[1740]. C'est un double critère qui est finalement retenu par la directive européenne du 13 juin 2024 qui vise les entreprises européennes ou la société mère d'un groupe employant plus de mille salariés en moyenne et ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de quatre-cent-cinquante millions d'euros ainsi que les entreprises étrangères ou la société mère d'un groupe ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de quatre-cent-cinquante millions d'euros dans l'Union[1741].

Certains auteurs déplorent que la loi ne s'étende pas à toutes les entreprises[1742], l'obligation de vigilance variant en fonction des moyens de ses sujets[1743]. L'objectif de la loi étant, toutefois, de limiter les effets négatifs de l'activité des entreprises sur la Société, il n'y a certainement pas lieu d'infliger les coûts et lourdeurs administratives qu'entraine nécessairement l'application de l'obligation de *compliance* à une entreprise qui vraisemblablement n'a qu'un faible impact négatif sur la Société et peu d'influence sur ses partenaires économiques.

Outre les seuils relatifs au nombre de salariés, la loi vigilance pourrait poser une deuxième limite. Si elle ne précise pas la forme de société qu'elle vise, l'insertion du texte dans les dispositions relatives aux sociétés anonymes interroge[1744]. Les premières propositions visaient très généralement les « entreprises » indépendamment de leur forme juridique, conformément aux principes directeurs de l'OCDE qui s'adressent aux entreprises multinationales[1745]. Le terme de « société », jugé plus juridique, y a été substitué[1746]. L'insertion du texte dans le Code de commerce, sous le chapitre relatif aux sociétés anonymes, ouvre la voie à deux interprétations possibles. L'interprétation d'un champ d'application large, retenu notamment

---

[1738] J. THIBORD et E. DAOUD, « Devoir de vigilance européen : la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale demande une législation ambitieuse et effective », Dalloz Actualité, 18 janvier 2022.

[1739] *Rapport d'information n° 4809 relatif au devoir de vigilance des multinationales*, présenté par M. CLAPOT et D. POTIER, 15 décembre 2021.

[1740] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, A. DUTHILLEUL et M. DE JOUVENEL, Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 20.

[1741] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, art. 2.

[1742] S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, n° 104, 1er mai 2015.

[1743] C. HANNOUN, art. cit.

[1744] *Ibidem* ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[1745] C. HANNOUN, art. cit.

[1746] *Ibid*.

par l'association Sherpa, est celle d'une application aux sociétés européennes, sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées en raison des renvois opérés entre le chapitre du Code de commerce réservé aux sociétés anonymes et les chapitres du même code réservés aux formes précitées[1747]. Une interprétation plus restrictive, notamment par la mission d'évaluation de la mise en œuvre de la loi vigilance, retient l'application exclusive aux sociétés anonymes[1748]. La doctrine fait par ailleurs observer que les seuils d'effectifs salariaux prévus à l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce ne sont atteints, pour la grande majorité, que par les sociétés anonymes[1749]. La rédaction de la loi appuie cette interprétation. Son article 4 opère, en effet, un renvoi au rapport mentionné à l'article L. 225-102 du Code de commerce. Cette disposition, applicable aux sociétés anonymes et expressément exclue du régime de la société par actions simplifiées, laisse à penser que le champ en a été restreint aux seules sociétés anonymes[1750]. La fragilité de cet argument textuel est mise en évidence par le Professeur Charley Hannoun. Ce dernier voit dans le premier alinéa de l'article 4 de la loi vigilance, qui prononce l'obligation d'établir un rapport de gestion annuel, un principe qu'il oppose au deuxième alinéa de ce même article, qui exclut du régime les sociétés par actions, et notamment les sociétés par actions simplifiées, ce qui constitue l'exception[1751]. Le Professeur Charley Hannoun nous fait remarquer que, si la loi ne s'applique qu'aux sociétés anonymes, l'exception se confond alors avec le principe puisqu'elle ne prévoit pas le critère de la dérogation[1752]. Les sociétés par actions simplifiées ont, par ailleurs, également, l'obligation, en vertu de l'article L. 232-23 du Code de commerce, de déposer un rapport de gestion au greffe. L'article L. 227-1 du Code de commerce prévoit que, en dehors des dispositions expressément exclues, « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes » sont applicables aux sociétés par actions simplifiées. En conséquence, si l'on considère que les règles concernant le rapport de gestion des sociétés par actions simplifiées sont des règles spéciales qui viennent se substituer à celles qui définissent le rapport de gestion pour les sociétés anonymes dans un souci d'adaptation à la spécificité des sociétés par actions simplifiées, rien ne fait obstacle à ce que, conformément à l'alinéa 1er de l'article 4 de la loi vigilance, le régime de responsabilité prévu à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce s'applique à compter du dépôt au greffe par les sociétés par actions simplifiées de leur rapport de gestion[1753]. Certains auteurs appuient, par ailleurs, l'application de l'obligation de vigilance aux sociétés par actions simplifiées en relevant que l'obligation de mettre en place un plan de vigilance n'est pas conditionnée par la publication du rapport de

---

[1747] *Le radar du devoir de vigilance, identifier les entreprises soumises à la loi*, rédigé par S. BOMMIER et L. CHATELAIN, Juin 2019, p. 5.

[1748] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 17.

[1749] C. HANNOUN, art. cit.

[1750] *Ibidem* ; D. PORACCHIA, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018 ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[1751] C. HANNOUN, art. cit.

[1752] *Ibidem*.

[1753] *Ibid*.

gestion[1754]. L'application de la directive européenne aura certainement vocation à mettre fin au débat puisqu'elle ne limite pas l'application de la loi à certaines formes de société[1755].

2. L'absence de cohérence quant aux critères de sélection entre les différentes législations

300. L'absence de coordination des seuils des lois Sapin 2 et vigilance. Les auteurs s'étonnent que le législateur n'ait pas cherché à coordonner le champ d'application des lois Sapin 2 et vigilance[1756]. L'efficacité des programmes de vigilance est, en effet, influencée par le degré de lutte contre la corruption[1757]. Ces deux fléaux vont, en effet, souvent de pair, prospérant dans un environnement similaire, et concernant les mêmes acteurs[1758]. La corruption nuit aux économies créant un environnement propice à la violation des droits de l'homme[1759]. Les pays au taux élevé de corruption ont ainsi souvent des antécédents en matière de violation des droits de l'homme et de l'environnement. À titre d'exemple, la tragédie du Rana Plaza de 2013 a été, entre autres facteurs, causée par la corruption des processus d'inspection du bâtiment[1760]. Le législateur a pourtant choisi d'appliquer un champ d'application plus restrictif à la loi vigilance. Les entreprises en ressentent un manque de coordination et de visibilité entre les diverses obligations[1761].

Ce décalage est d'autant plus étonnant que les entreprises qui ne sont pas soumises au devoir de vigilance peuvent l'être à la déclaration de performance extrafinancière[1762]. La déclaration de performance extrafinancière présente « la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité »[1763]. Cela comprend des informations relatives « aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail

---

[1754] D. PORACCHIA, art. cit. ; J. AUCOMTE et O. ATTIAS, « Les questions soulevées par la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018 ; S. SCHILLER, « La compliance extra financière : les risques de contradictions de domaines d'application », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 55.

[1755] Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, article 2.

[1756] A. REYGROBELLET, art. cit. ; S. SCHILLER, art. cit. ; S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, art. cit.

[1757] BIAC et IOE, *Connecting the anti-corruption and human rights agendas: A guide for business and employer's organisations*, septembre 2020, p. 5.

[1758] *Ibidem*.

[1759] *Ibid*.

[1760] *Ibid*.

[1761] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 24.

[1762] Directive UE n° 2014-95 du 22 octobre 2014 relative aux informations non financières.

[1763] Article L. 225-102-I, III du Code de Commerce.

des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées »[1764]. La déclaration de performance extrafinancière est un outil de démonstration des vigilances liées aux enjeux environnementaux et sociaux de l'entreprise. L'article R. 225-104 du Code de commerce fixe un double seuil d'application. Le premier est basé sur le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires qui doit être supérieur à cent millions d'euros. Le deuxième seuil est basé sur le nombre de salariés qui est fixé à cinq cent. Ces seuils ont été homogénéisés avec ceux de la loi Sapin 2, mais sont donc plus bas que ceux de la loi vigilance. L'entreprise qui échappe à la mise en œuvre du plan de vigilance peut ainsi devoir tout de même répondre de l'exercice de sa vigilance sur les risques environnementaux et des droits de l'homme. Les entreprises déplorent le manque de cohérence de domaine entre ces trois textes[1765]. Le rapport d'information relatif au devoir de vigilance des multinationales, destiné à compléter la proposition de résolution européenne, propose d'ailleurs, sur la base du modèle allemand, de baisser progressivement le seuil d'application de la loi vigilance[1766]. Le projet de directive adopté par la Commission européenne suit cette logique. La directive vise ainsi les entreprises européennes employant plus de deux cent cinquante personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à quarante mille euros [1767].

B. Les entreprises écartées

301. La difficulté des obligations de *compliance* pour les petites entreprises – L'exemple du règlement général sur la protection des données. Deux critères permettent de distinguer les entreprises concernées par le règlement général sur la protection des données. Le règlement s'applique à toute organisation effectuant un traitement de données personnelles si cette organisation est établie sur le territoire de l'Union européenne, peu importe que le traitement lui-même ait lieu ou non dans l'Union[1768]. Le règlement s'applique également à toute organisation dont l'activité d'offre de biens ou services, liée au traitement de données à caractère personnel, cible directement des résidents européens[1769]. Toutes les entreprises établies sur le territoire de l'Union européenne et qui stockent des données personnelles sont donc concernées par le règlement général sur la protection des données. Peu importe que la collecte de données ne soit pas l'activité principale de l'entreprise ou que la collecte soit effectuée pour le compte d'une autre entreprise. Le règlement général sur la protection des données s'applique quelle que soit la taille de l'entreprise et quel que soit le chiffre d'affaires

---

[1764] Article L. 225-102-I du Code de Commerce.

[1765] S. SCHILLER, art. cit.

[1766] *Rapport d'information n° 4809 relatif au devoir de vigilance des multinationales*, préc.

[1767] Amendements du Parlement européen, adoptés le 1er juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD), amendement 25.

[1768] Règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), pt. 22.

[1769] *Ibidem*, pt. 23.

annuel. Il englobe ainsi de petites entreprises, qui ne font pas le même usage de ces données que les grosses entreprises : construction de métadonnées, mobilisation du big data, usage de l'intelligence artificielle, etc., alors même que c'est l'usage dévoyé de ces données qui justifie l'existence du règlement[1770].

Un droit de la *compliance* par ailleurs, n'a d'intérêt qu'en raison de la capacité de l'entreprise à faire ce que l'État ne peut pas faire. L'obligation de *compliance* ne doit ainsi viser que les entreprises capables d'agir pour la réalisation de l'objectif assigné. Les petites entreprises ne disposent pas des moyens humains et financiers ainsi que de l'expertise nécessaire à la mise en place des obligations structurelles de *compliance*[1771]. La *compliance* révèle ainsi une inadaptation structurelle vis-à-vis des petites et moyennes entreprises qui ne sont pas à même de mettre en œuvre un système satisfaisant, dont l'ampleur et le coût les dépassent[1772]. Leur imposer une telle charge implique un poids financier important qui est ainsi sans objet et qui risque notamment de limiter l'émergence de nouvelles entreprises innovantes[1773]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche regrette ainsi le champ d'application large du règlement général sur la protection des données qui mériterait d'être limité par un système de seuil[1774]. Consciente de ce problème, la CNIL a déjà fait part d'une certaine bienveillance en rappelant que l'important était de se mettre en mouvement vers la conformité, mais que la modification des comportements des acteurs serait progressive[1775]. En 2018, seule une entreprise sur quatre était en conformité avec le règlement général sur la protection des données ou s'estimait l'être[1776]. Ce constat s'étend à toutes lois de *compliance*. Le rapport d'évaluation de la loi vigilance, sans pouvoir donner de chiffre précis, conclu par exemple, qu'il convient de laisser le devoir de vigilance à la charge des entreprises les plus grandes[1777].

302. Conclusion §1. Le manque d'harmonisation des normes de *compliance*. Les seuils de sélection entre les différents textes ne sont pas harmonisés, ce qui rend délicate l'articulation de leurs exigences. Celles-ci pourraient ainsi gagner en clarté et lisibilité pour les entreprises destinataires[1778]. Outre les obligations structurelles destinées à réduire l'asymétrie

---

[1770] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc., p. 63.

[1771] S. MANACORDA, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 92 ; L. DONNEDIEU DE VABRES, art. cit.

[1772] C. ZOLYNSKI, « Compliance et droit des données personnelles », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA, *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 129 ; S. MANACORDA, art. cit. ; L. DONNEDIEU DE VABRES, art. cit.

[1773] S. ABITEBOUL et J. CATTAN, « Nos réseaux sociaux, notre régulation », RED, n° 1, septembre 2020, p. 38 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », art. cit.

[1774] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc.

[1775] O. TAMBOU, « Règlement général de la protection des données : l'après 25 mai 2018 », Dalloz Actualité, 25 mai 2018.

[1776] *Ibidem*.

[1777] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 44.

[1778] *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, AMF, novembre 2019, p. 15.

d'information entre pouvoirs publics et entreprises, le développement d'une responsabilité internationale de l'entreprise est le principal point commun des lois de *compliance* visant les entreprises de taille significative[1779].

§2. LE RAYONNEMENT DE LA *COMPLIANCE*

303. Le rayonnement de la *compliance*. La *compliance* permet à l'État d'assujettir l'entreprise délocalisée à ses impératifs et ce faisant, d'exporter sa législation. La nature autonormée de l'entreprise multinationale lui permet de travailler « *sous un même toit* » dans n'importe quel contexte territorial, et indépendamment du cadre juridique du lieu d'activité[1780]. L'entreprise exporte ainsi, au sein de son organisation, les exigences de la législation de l'État auquel elle est assujettie. La contractualisation des échanges permet également à l'entreprise multinationale d'imposer à ses partenaires économiques ces exigences. La *compliance* agit donc comme le vecteur d'un « *encadrement juridique global* »[1781] par-delà les frontières étatiques et de la personnalité juridique **(A)**, mais aussi par-delà ses sujets directs **(B)**.

A. Par-delà les frontières étatiques et de la personnalité juridique

304. L'irresponsabilité organisée des groupes transnationaux. L'irresponsabilité des groupes transnationaux est assurée par deux facteurs. Elle est d'abord assurée par l'absence de personnalité morale du groupe[1782]. Le groupe de sociétés est compris comme « *un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une même entité économique en raison des liens financiers étroits* »[1783]. Seules les entités composant le groupe disposent de la personnalité morale, ce qui ne fait pas du groupe dans son ensemble un sujet de droit[1784]. Ceci fait donc obstacle à l'application de la responsabilité pénale qui repose sur le principe de la personnalité de la responsabilité pénale érigé à l'article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». L'irresponsabilité est ensuite assurée par l'extraterritorialité des actes des entités qui composent le groupe[1785]. L'affaire Rougier en est un exemple. Dans cette affaire, des agriculteurs camerounais avaient attaqué le groupe français Rougier et sa filiale camerounaise SFID devant les tribunaux français. Les plaintes avaient pour objets de dénoncer le pillage des ressources forestières de la population locale par la société SFID qui ne disposait pas de titre d'exploitation valable dans la région sud du Cameroun. Ces

---

[1779] E. DAOUD et H. PARTOUCHE, « Loi sapin II, RGPD, loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance », *RLDA.* 2018, n° 136.

[1780] S. MANACORDA, art. cit. ; A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique -Tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Droit et société, 2003, p. 71.

[1781] S. MANACORDA, art. cit.

[1782] F. VESSIO, « Le groupe de sociétés entre éthique des affaires et responsabilité pénale – Du principe intangible de l'irresponsabilité du groupe au réalisme de la responsabilité de la société mère », *JCP E.* 2023, n° 3.

[1783] B. PEREIRA, « ISO 26000, Due diligence, sphère d'influence et Droits de l'Homme », *Revue de l'organisation responsable*, n°2, 2014, p. 60-75.

[1784] *Ibidem*.

[1785] *Ibid*.

opérations illégales ont provoqué la destruction de nombreuses cultures empêchant une partie de la population locale de vivre de leur unique source de revenus. La société mère française, qui ne pouvait ignorer le caractère illégal des activités de sa filiale compte tenu de l'étroite imbrication et interdépendance existant entre les deux sociétés, est accusée de complicité de destruction de biens appartenant à autrui ; faux et usage de faux ; escroquerie ; recel et corruption de fonctionnaire. La responsabilité pénale pour complicité d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger ne peut être retenue que si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère, et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère[1786]. Le climat de corruption local catalysé par les compagnies forestières qui fournissent depuis de nombreuses années des avantages à l'administration camerounaise ne permet pas à la plainte déposée auprès du Procureur de la République du Cameroun d'aboutir. En conséquence, les conditions n'étaient pas réunies pour retenir la responsabilité de la société Rougier et l'affaire s'est donc soldée par un rejet des plaintes des victimes[1787].

L'économie française est portée à l'international par de grands groupes qui s'appuient sur un réseau important de filiales. La France est le pays européen dont les entreprises possèdent le plus de filiales à l'étranger[1788]. Cette irresponsabilité juridiquement organisée doit être remise en cause par la *compliance* qui vise la réalité économique du groupe sans s'arrêter aux frontières des personnalités juridiques **(1)** ni aux frontières de l'État **(2)**[1789].

1. L'approche économique par-delà les frontières de la personnalité juridique

305. L'appréhension du groupe par la réalité du contrôle exercé. La conceptualisation du groupe est inhérente au droit des sociétés sans pour autant que le Code de commerce n'en donne une définition précise et unitaire. La doctrine le définit comme « *l'ensemble constitué par deux ou plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par de tels liens. La structure la plus courante est celle où l'on peut identifier une société mère qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision* »[1790]. Il constitue ainsi une réalité économique, correspondant à un ensemble de sociétés autonomes soumises, en raison de l'exercice d'un contrôle ou par une volonté de collaboration, à une unité de direction en vue de la réalisation d'un objectif économique commun[1791]. L'approche économique appréhende donc le groupe en considération

[1786] Article 113-5 du Code pénal.

[1787] Communiqué de Presse de l'association Sherpa : https://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/association/histoire/Agriculteurs_camerounais.pdf ; B. PEREIRA, art. cit.

[1788] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, OCDE, Rapport de Phase 4 sur la France, 2021, p. 10.

[1789] E. PATAUT, art. cit. ; G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit. ; C. ZOLYNSKI, art. cit.

[1790] P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ Lextenso, Domat droit privé, 8e éd., 2019, n° 1502.

[1791] S. MARCELIN et J. SEMIK, « La responsabilité des traitements de données partagés dans un groupe », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 231.

du pouvoir et du contrôle que la société mère exerce sur ses filiales[1792]. En droit français, il n'existe pas de définition légale globale, mais des tentatives, dans certaines matières du droit, pour encadrer cette notion[1793]. Le droit des sociétés définit ainsi les notions de filiale, de participation, de contrôle et d'influence notable au regard des comptes sociaux ou consolidés, mais ne prévoit aucune définition ni régime spécifique. Dans le Code de commerce, l'article L. 233- 3 définit le contrôle exercé par une société sur une autre lorsque celle-ci dispose de suffisamment de droits de vote pour déterminer les décisions dans les assemblées générales ou nommer et révoquer les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. En droit du travail, la société mère s'est vu reconnaître la responsabilité du sort des salariés de sa filiale licenciés pour motifs économiques, à travers la notion de co-emploi[1794]. Cette dernière est comprise selon l'existence d'une triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre la société mère et la filiale[1795]. En réalité, c'est la dimension économique du contrôle de la filiale par la société mère qui est prise en compte[1796]. Au-delà de l'autonomie juridique, l'influence réelle d'une société sur une autre est prise en compte par le droit. Cette logique est retrouvée en matière de concurrence via la notion d' « *unité économique* » d'une société mère avec sa filiale[1797]. Dès lors, le comportement anticoncurrentiel d'une filiale peut être reproché à sa société mère en se basant sur les liens économiques et organisationnels. Cette notion d'unité économique a pour finalité de faire tomber l'abstraction juridique consistant à reconnaître la personnalité juridique de chaque société du groupe et corrélativement écarter toute responsabilité réelle du décideur[1798]. La Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, a ainsi admis que « le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère »[1799]. La réalité économique l'emporte ici sur le droit : société mère et filiale forment une unité économique. Les faits commis par la filiale peuvent, par conséquent, être imputés à la société mère avec laquelle elle ne fait qu'un[1800]. C'est la position qu'a suivie l'Autorité de la concurrence française. Elle a ainsi jugé que « même lorsqu'elle fait application des seules dispositions de droit interne, [elle] est fondée, dans un cas comme celui de l'espèce, où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, à présumer l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, et à la tenir solidairement responsable

---

[1792] B. PEREIRA, art. cit.

[1793] *Ibidem* ; S. MARCELIN et J. SEMIK, art. cit. ; F. VESSIO, art. cit.

[1794] B. PEREIRA, art. cit.

[1795] Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.551 ; Cass. soc. 28 septembre 2011, n° 10-12.278 et n° 10-13.486.

[1796] B. PEREIRA, art. cit.

[1797] *Ibidem*.

[1798] *Ibid*.

[1799] CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel NV c/ Commission, § 58 ; *RSC* 2010. 244, obs. L. IDOT ; *RTD com*. 2010. 144, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD eur*. 2010. 647, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT.

[1800] E. DAOUD et A. ANDRE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ pénal*, 2012, 15.

pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale »[1801]. Cette présomption, poursuit l'Autorité, peut être combattue si la société mère peut démontrer que la filiale se comporte de façon autonome sur le marché[1802]. De même, en droit pénal, depuis les arrêts « Rozemblum » de 1985, la responsabilité du dirigeant pour abus de bien sociaux peut être substituée par celle du groupe[1803]. L'existence d'un groupe résulte alors de la constatation d'un lien logique minimal, en vue de la réalisation, selon une stratégie bien définie au préalable, d'un objectif économique commun, profitable à l'ensemble et par là même à chacun de ses éléments mis dans une structure juridique, financière et économique suffisamment précise et apparente pour faire ressortir une véritable entité[1804]. Cette recherche de la réalité économique pour définir le groupe de société est l'approche privilégiée par la *compliance*.

306. Le groupe visé par la loi Sapin 2. La loi Sapin 2 vise la société « appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros »[1805]. La notion de « groupe » n'apparaît pas définie par la loi. Elle renvoie certainement à « *un regroupement de sociétés placées sous le contrôle commun capitalistique d'une société nommée société mère* »[1806]. Telle est l'analyse du Conseil constitutionnel qui considère que les termes « groupes de sociétés » figurant à l'article 17 doivent être entendus comme désignant l'ensemble formé par une société et ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou comme l'ensemble formé par une société et celles qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du même code[1807]. Le groupe, qui ne constitue pas une personne juridique, est ainsi saisi par la loi pour imposer à ses membres des obligations particulières[1808].

307. La recherche du contrôle exercé par la loi vigilance. La loi vigilance vise quant à elle toute société employant « au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français »[1809]. Elle vise également la société qui emploie « dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger »[1810]. La doctrine s'est interrogée concernant le périmètre du groupe permettant de calculer les seuils d'effectifs

---

[1801] Aut. conc., déc. n° 11-D-02, 26 janvier 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

[1802] E. DAOUD et A. ANDRE, art. cit.

[1803] S. MARCELIN et J. SEMIK, art. cit.

[1804] *Ibidem*.

[1805] 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 (1), article 17, I.

[1806] D. PORACCHIA, « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », *BJS* janvier 2017, n° 115z5, p. 65.

[1807] Cons. const., n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, consid. 14.

[1808] D. PORACCHIA, art. cit.

[1809] Article L. 225-102-4, I du Code de commerce.

[1810] Article L. 225-102-4 du Code de commerce.

prévus par la loi[1811]. Le texte de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce fait en effet référence, sans autres précisions, aux filiales directes ou indirectes. Une lecture limitative du champ d'application de la loi se référerait à la définition de l'article L. 233-1 du Code de commerce. Ce dernier impose que la société mère détienne plus de cinquante pour cent du capital de la société pour recevoir une telle qualification. Il précise par ailleurs que cette définition est cantonnée à l'application des sections II et IV du chapitre III du Code de commerce dont l'article L. 225-102-4 du même code ne relève pas. Ce dernier ne précise pas non plus que la filiale devrait être entendue au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, alors même que, dans la suite des alinéas, la loi précise la définition contenue dans le Code de commerce à associer aux termes techniques le cas échéant. L'article L. 225-102-4, I vise par exemple, tantôt la notion de contrôle tel que défini à l'article L. 233-3 du Code de commerce, tantôt celle de l'article L. 233-16 du même code. Le Professeur Charley Hannoun y voit l'opportunité d'étendre la notion de contrôle le plus largement possible, au moins au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, afin de répondre aux objectifs du texte[1812]. Il s'agit de faire prévaloir la réalité sur les formes juridiques au nom de principes supérieures au principe d'autonomie juridique des personnes morales. L'obligation de *compliance* prend en considération la réalité du groupe de sociétés, au-delà de la séparation en personnes morales distinctes[1813].

La pratique a néanmoins démontré la difficulté d'identifier le débiteur de l'obligation de vigilance et donc l'entité à assigner en justice. La SAS Suez Groupe a ainsi été assignée pour son rôle dans une grave crise sanitaire survenue en 2019 au Chili, or, malgré son nom, il ne s'agit que d'une filiale opérationnelle de la SA Suez, laquelle a la qualité de société mère. La confusion est d'autant plus grande que les deux sociétés ont le même siège social et que la SA Suez est l'actionnaire unique de la SAS Suez Groupe, laquelle, pour entretenir le flou, a répondu à la mise en demeure qui a été adressée au siège commun des deux sociétés. C'est ainsi que la SAS Suez Groupe a pu soulever, devant le juge de la mise en état, une fin de non-recevoir pour défaut de qualité à défendre en expliquant que la SA Suez, société mère, est seule débitrice de l'obligation d'édicter un plan de vigilance qui couvre l'ensemble du périmètre du groupe[1814].

308. L'appréhension du groupe par le règlement général sur la protection des données. Le règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016 introduit une définition formelle du groupe d'entreprise. L'article 4 définit ainsi le groupe d'entreprise comme « une entreprise qui exerce le contrôle et les entreprises qu'elle contrôle »[1815]. Le considérant 37 précise que l'entreprise qui exerce le contrôle est celle « qui peut exercer une

---

[1811] C. HANNOUN, art. cit. ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[1812] C. HANNOUN, art. cit.

[1813] E. PATAUT, art. Cit.

[1814] TJ Paris, 1er juin 2023, n° 22/07100, *Dalloz actualité*, 23 juin 2023, obs. J.-B. BARBIERI et A. TOUZAIN ; *D*. 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET ; *D*. 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET.

[1815] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 4, al. 19.

influence dominante sur les autres entreprises du fait, par exemple, de la détention du capital, d'une participation financière ou des règles qui la régissent, ou du pouvoir de faire appliquer les règles relatives à la protection des données à caractère personnel »[1816]. Les notions d'influence et de contrôle ont ainsi un rôle déterminant dans la qualification du groupe d'entreprise[1817]. Entendues au sens large, ces notions englobent la zone d'influence de l'entreprise et ne se limitent pas aux liens capitalistiques.

Pour la qualification de l'entité responsable du traitement, la CNIL adopte une approche *in concreto*. Dans la délibération du 27 avril 2017 concernant les sociétés Facebook, par exemple, la CNIL a considéré que Facebook Inc. et Facebook Ireland sont conjointement responsables des traitements visés, alors même que la société Facebook Inc. opposait n'être que sous-traitant de Facebook Ireland et n'avoir aucun contrôle effectif sur les données des utilisateurs de l'Union européenne. La CNIL retient la responsabilité de la société Facebook Inc. aux motifs que « *i) Facebook Inc. régit le mode de fonctionnalité du service quels que soient les utilisateurs concernés ; ii) la stratégie commerciale, motivant la mise en place des traitements visés, n'est pas décidée isolément et indépendamment par la société Facebook Ireland ; iii) Facebook Inc. dispose de l'expertise technique permettant de faire fonctionner le réseau social ; iv) Facebook Inc. procède à diverses opérations de traitement quelle que soit la localisation des utilisateurs et des données collectées* »[1818]. La CNIL s'est ainsi appuyée sur l'influence stratégique et technique de la société Facebook Inc. vis-à-vis de sa filiale irlandaise et notamment sur l'existence de conventions contractuelles entre elles[1819]. Cette coresponsabilité du traitement est consacrée à l'article 26 du règlement qui prévoit notamment l'obligation de fixer dans un accord « les rôles respectifs des responsables conjoints du traitement et leurs relations vis- à-vis des personnes concernées ».

Le règlement se préoccupe ainsi d'appréhender les groupes multinationaux. L'article 4.16 définit ainsi la notion d'établissement principal en ce qui concerne le responsable du traitement établi dans plusieurs États membres comme « le lieu de son administration centrale dans l'Union, à moins que les décisions quant aux finalités et aux moyens du traitement de données à caractère personnel soient prises dans un autre établissement du responsable du traitement dans l'Union et que ce dernier établissement a le pouvoir de faire appliquer ces décisions, auquel cas l'établissement ayant pris de telles décisions est considéré comme l'établissement principal ». La détermination du responsable du traitement au sein du groupe multinational se fonde donc sur l'influence effective qu'exerce une société sur une autre[1820]. C'est cette appréhension des groupes de société qui permet une application de la *compliance* par-delà les frontières étatiques.

[1816] *Ibidem*, cons. 37.
[1817] S. MARCELIN et J. SEMIK, art. cit.
[1818] *Ibidem*.
[1819] *Ibid*.
[1820] *Ibid*.

2. La compliance par-delà les frontières étatiques

309. L'extraterritorialité de la *compliance*. L'extraterritorialité du droit peut être définie comme une « *situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État* »[1821]. L'extraterritorialité du droit évolue en même temps que la globalisation et bouscule la conception traditionnelle de souveraineté. Les États sont aujourd'hui conduits à énoncer une *lex publica*, c'est-à-dire une combinaison de règles contraignantes protégées par la plupart des pays économiquement puissants[1822]. Son efficacité suppose qu'elle puisse s'appliquer de façon extraterritoriale et sortir, comme les acteurs économiques eux-mêmes, du cadre national[1823]. Pour cela, la *lex publica* doit reposer sur les groupes de sociétés, leur responsabilisation devenant ainsi le vecteur de la réglementation nouvelle[1824]. Afin de viser l'action des multinationales, les lois de *compliance* visent ainsi la société mère, l'activité de ses filiales, y compris à l'étranger, et des sociétés contrôlées. Il s'agit de prendre en compte la structure complexe des entreprises[1825]. Se pose alors la question des limites à l'extraterritorialité : « *jusqu'où peut-on envisager une affirmation de compétence de l'État et de ses organes sur des situations survenues à l'étranger et présentant un lien de rattachement très limité avec l'État ?* »[1826].

310. L'extraterritorialité de la loi Sapin 2. Les sociétés visées sont celles « employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros »[1827]. Est ainsi visé le groupe dont la société mère est établie en France, peu importe que les filiales soient établies en France ou à l'étranger. La société mère française est ainsi tenue de s'assurer de la mise en œuvre des mesures anticorruption et de leur qualité dans l'ensemble de sa sphère d'influence[1828]. Est en revanche exclu du champ d'application de la loi française « bon nombre de groupes étrangers qui ne disposent pas sur le territoire national de filiales atteignant les seuils ou, dans le cas contraire, peuvent être tentés d'en réduire les effectifs pour s'affranchir du respect de l'article 17 »[1829]. Les rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2

[1821] N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E* n° 28, 2015, 1343.

[1822] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[1823] *Ibidem*.

[1824] *Ibid*.

[1825] N. MAZIAU, art. cit.

[1826] *Ibidem*.

[1827] 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 (1), article 17, I.

[1828] OECD, Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 146.

[1829] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 52.

déplorent que « *la poursuite de faits de corruption d'agents publics étrangers réalisés par des entreprises étrangères exerçant une partie de leur activité en France, soit inexistante* »[1830]. Afin de remédier à cette situation, les rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 ont proposé de « *supprimer la condition tenant à la localisation en France du siège social de la société mère, afin de soumettre aux obligations prévues par l'article 17 les petites filiales de grands groupes étrangers établies en France, dès lors que la société mère dépasse les seuils prévus par la loi* ». Il s'agit notamment de rétablir une égalité de traitement entre les petites filiales de grands groupes situés en France, selon que la société mère est établie en France ou à l'étranger[1831].

Si la dimension extraterritoriale de la loi française n'égale pas celle de la loi américaine, elle traduit la volonté de la France de s'engager internationalement contre la corruption et de concurrencer les États-Unis et le Royaume-Uni ou au moins de tenter de protéger les entreprises françaises de l'offensive du juge américain[1832]. Certains dirigeants d'entreprises s'inquiètent toutefois que les entreprises françaises puissent se retrouver prises en étaux par l'essor des lois extraterritoriales et invoquent la nécessité de réfléchir à une forme d'extraterritorialité plus poussée de la loi pour répondre aux attaques américaines et demain de celles d'autres pays tels que la Chine[1833]. Le règlement européen entend ainsi étendre l'application extraterritoriale du devoir de vigilance aux entreprises hors de l'union européenne.

311. L'extraterritorialité de la loi vigilance. La Loi vigilance vise quant à elle toute société employant « au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français »[1834]. Peu importe que la société qui remplit ces conditions soit contrôlée par une société dont le siège social est à l'étranger[1835]. Elle s'appliquera également à toutes les filiales étrangères ou sociétés contrôlées par les groupes français répondant aux critères susvisés. Une action en responsabilité pourra désormais être intentée contre une société française à raison des dommages commis par sa filiale étrangère[1836].

En prenant en compte les effectifs à l'étranger pour déterminer le champ d'application de la loi, le législateur a limité de possibles effets pervers des seuils, notamment en termes de

---

[1830] *Ibidem*, p. 92.

[1831] *Ibid*, p. 52.

[1832] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[1833] Audition par la mission d'évaluation de la loi dite « Sapin II » de Frédéric Pierucci, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian, jeudi 4 mars 2021, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[1834] Article L. 225-102-4, I du Code de commerce.

[1835] B. TEYSSIÉ, art. cit. ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[1836] I. DESBARATS, « La RSE " à la française " : où en est-on ? », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 9.

comportements d'embauche[1837]. Il se montre en effet soucieux de ne pas encourager des délocalisations d'emplois qui pourraient être motivées par une stratégie d'évitement de la loi[1838].

Des difficultés pratiques surgissent lorsqu'il s'agit de déterminer les sociétés entrant dans le champ d'application de la loi vigilance. La connaisse des groupes et des liens capitalistiques au-delà des filiales s'avère complexe dès lors que les données des déclarations effectuées au titre de l'intégration fiscale ne sont pas rendues publiques[1839]. En conséquence, aucun service de l'État, à ce jour, ne dispose de l'intégralité des informations nécessaires pour déterminer à quelle société la loi doit s'appliquer[1840]. L'intégration fiscale dans un groupe international empêche par ailleurs d'identifier la seule partie française susceptible d'entrer dans le champ d'application de la loi vigilance[1841].

La directive européenne étend l'application de la loi vigilance en raison de l'inquiétude exprimée par les entreprises européennes de subir un désavantage concurrentiel vis-à-vis des entreprises étrangères qui ne sont pas soumises aux mêmes obligations[1842]. La directive s'appliquera ainsi aux entreprises des pays tiers ayant réalisé un chiffre d'affaires net d'au moins quatre-cent-cinquante millions d'euros dans l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice financier ou à la société mère ultime d'un groupe ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de quatre-cent-cinquante millions d'euros dans l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice financier[1843]. Le critère du chiffre d'affaires crée en effet, un lien territorial entre l'entreprise de pays tiers et le territoire de l'Union européenne et détermine l'incidence de l'activité de l'entreprise sur son marché ce qui justifie l'application du droit de l'Union à ces entreprises en vertu du droit international[1844]. C'est un critère de rattachement plus efficace que retient le règlement général sur la protection des données.

312. L'extraterritorialité du règlement général sur la protection des données. Le règlement général sur la protection des données offre un cadre juridique de protection des données personnelles aux résidents de l'Union européenne qu'elle entend défendre au-delà de son territoire[1845]. Ce texte s'impose ainsi aux acteurs du monde entier, notamment aux géants américains du numérique, dès lors qu'ils traitent de données personnelles de résidents

---

[1837] T. SACHS, art. cit.

[1838] *Ibidem*.

[1839] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 17.

[1840] *Ibidem*.

[1841] *Ibid*.

[1842] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, p. 23.

[1843] Directive (UE) 2024/1760 du parlement européen et du conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, art. 2, 2.

[1844] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, pt. 24.

[1845] O. TAMBOU, art. cit. ; C. ZOLYNSKI, art. cit.

européens, et ce y compris s'ils ne sont pas établis dans l'Union européenne[1846]. C'est ainsi que l'article 3, paragraphe 2, du règlement retient le critère des activités dirigées vers l'Union européenne, même en l'absence de présence physique préalable de l'entreprise sur le territoire de l'Union[1847]. Peu importe, également, que le traitement lui-même ait lieu ou non sur le territoire de l'Union européenne. L'exemple typique est celui d'une maison mère de multinationale implantée sur le territoire de l'Union européenne et qui aura décidé la création d'une base centralisée de données en dehors du territoire de l'Union européenne, pour la gestion client ou celle des ressources humaines[1848].

La *compliance* entend donc s'appliquer aux sociétés établies à l'étranger en visant les groupes de société. L'entreprise peut toutefois disposer d'un pouvoir d'influence sur un acteur qu'elle ne « *contrôle pas* » au sens du Code de commerce, autre qu'une filiale[1849]. Ce pouvoir lui est conféré par la force du contrat qui permet d'étendre le rayonnement de la *compliance*.

B. Par-delà les sujets directs

313. Le rayonnement de la *compliance* au-delà de ses sujets directs. La nature réflexive des nouvelles responsabilités de l'entreprise[1850] s'applique également dans de nouveaux espaces politiques au sein desquelles ses responsabilités seront exercées. C'est en effet le sens du concept d'« *espace subpolitique* » développé par Ulrick Beck, qui renvoie à « *ses réseaux de discussion, de négociation, de réinterprétation et de résistance éventuelles qui échappent aux relations hiérarchiques* »[1851]. Ces terrains d'influence et d'action issue de la capacité réflexive des individus s'inscrivent dans un espace politique transformé et postule à un dépassement du modèle centralisé et hiérarchisé de l'État-nation[1852]. Dans cet espace politique transformé, les acteurs économiques sont appelés à exercer de nouvelles fonctions, et notamment de régulation, en complément des pouvoirs publics [1853]. C'est ainsi que le Professeur Marie-Anne Frison-Roche désigne les sujets de la *compliance* comme des « *régulateurs de second niveau* »[1854].

Cette régulation de second niveau s'exerce à travers l'instrument contractuel qui n'est plus seulement un instrument d'échange économique, mais qui produit des effets normatifs et fixe

---

[1846] C. CASTETS-RENARD, art. cit.

[1847] E. BRUNET, art. cit. ; R. PARRAY, « La délimitation territoriale du RGPD : le champ d'application et les transferts de données hors de l'Union européenne », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 54.

[1848] R. PARRAY, art. cit.

[1849] S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, art. cit.

[1850] v. *supra*, pt. 238.

[1851] U. BECK, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008, p. 400 et sv.

[1852] *Ibidem*.

[1853] P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, Droit & Économie, 2013, p. 133.

[1854] *L'apport du droit de la compliance dans la gouvernance d'internet*, préc.

une réglementation générale et abstraite de la relation contractuelle[1855]. Il est la matrice par laquelle se concrétise la notion de sphère d'influence des entreprises **(1)** qui ouvre la voie à une nouvelle responsabilité des entreprises sujets de la *compliance* **(2)**.

1. La notion internationale de « sphère d'influence »

314. La notion de « sphère d'influence » dans les textes internationaux. La notion de « sphère d'influence » est familière des textes internationaux. Les principes directeurs de l'OCDE ont été les premiers à retenir cette notion définie comme « la capacité des entreprises d'influencer la conduite de leurs partenaires commerciaux »[1856]. Le dixième principe de l'OCDE prévoit ainsi que l'entreprise doit « encourager, dans la mesure du possible, leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite des affaires conformes aux Principes directeurs »[1857]. Le Pacte mondial des Nations Unies à son tour « invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption »[1858]. La norme ISO 26000 définit enfin la sphère d'influence comme « la portée ou l'ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »[1859].

315. Les manifestations de l'influence de l'entreprise. L'entreprise a de l'influence lorsqu'elle a « la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité responsable du dommage »[1860] ou encore « dès lors que l'entreprise à la possibilité de faire changer les pratiques illégales au sein de l'entité de la chaîne logistique »[1861]. Dans ce cas, l'entreprise dispose de moyens de pression tels que le contrôle qu'exerce l'entreprise sur la chaîne logistique de l'entité ; les clauses du contrat ; la proportion des activités de l'entité que l'entreprise représente ; les futurs contrats ; une aide au renforcement des capacités ; les avantages que peut tirer l'entité à travailler avec l'entreprise et les retombés négative d'une rupture de cette relation ; la possibilité pour l'entreprise d'inviter les autorités locales ou nationales à exiger de l'entité de la chaîne logistique qu'elle améliore son comportement grâce par exemple à la mise en œuvre de mesures réglementaires, de systèmes de contrôle et de

[1855] M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, 1er mai 2005, n° 104.
[1856] OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2008, p.45
[1857] *Ibidem*, p. 17
[1858] B. LOEVE, « " Due diligence " et " sphère d'influence " dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, mai 2010, dossier 16.
[1859] Article 2.19, ISO 26000
[1860] OCDE, Commentaire sur les principes généraux, 2011.
[1861] Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/65/310, 19 août 2010, p. 9-13.

sanctions[1862]. L'entreprise peut également aider ses relations d'affaires à améliorer ses pratiques en aidant au développement de plans d'action correctifs ; en fournissant une assistance technique ; en facilitant la création de liens entre ses relations d'affaires et des prestataires de services locaux ; en facilitant l'accès à des financements pour mettre en œuvre des plans d'action correctifs par des financements directs, des contrats d'approvisionnement à long terme ou par l'assistance pour obtenir des financements[1863]. Le pouvoir d'influence de l'entreprise engendre ainsi des responsabilités : « *L'influence étant pouvoir, elle induit des devoirs et/ou des obligations* »[1864].

316. L'influence, source de responsabilité. Le rapport de John Ruggie « Protect, Respect and Remedy : a Framework for Business and Human Rights » du 7 avril 2008 propose de distinguer les activités sur lesquelles les entreprises ont un effet direct de celles où elles n'ont qu'une capacité d'influence. Par la suite, les Principes directeurs des Nations unies se réfèrent explicitement aux situations dans lesquelles une société n'est pas directement l'auteure d'un acte dommageable, mais dont les relations ou les activités commerciales peuvent l'impliquer indirectement[1865]. L'entreprise est responsable, peu importe qu'elles aient contribué matériellement à la réalisation des violations[1866]. Cette approche large de la responsabilité s'intéresse davantage à l'organisation en amont, qui peut avoir un impact sur les droits humains, que sur la conséquence de cette organisation, à savoir le préjudice subi[1867]. L'approche est globale, systémique[1868].

La norme ISO 26 000 retient quant à elle que la responsabilité doit être fonction de la capacité d'influence de l'entreprise. Cette responsabilité liée à l'influence n'implique pas qu'une obligation de réparer, elle implique avant tout une obligation de prévention et « *cette responsabilité d'agir est proportionnelle au niveau d'influence de l'entreprise* »[1869]. Elle retient la responsabilité de l'entreprise des impacts des décisions et des activités sur lesquelles elle exerce un contrôle formel ou un contrôle de fait[1870]. Le contrôle de fait renvoie à la capacité de dicter les décisions et activités d'une tierce partie, même lorsque l'entreprise ne détient pas l'autorité juridique[1871]. Cette approche de la responsabilité des entreprises passe totalement outre le principe d'autonomie juridique et crée une obligation de surveillance des risques que

---

[1862] Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/65/310, 19 août 2010, p.9-13 ; OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018, p. 87.

[1863] OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018, p. 89.

[1864] B. LOEVE, art. cit.

[1865] Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations unies, principe II-A-13.

[1866] M.-C. CAILLET, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », *Droit social* 2017 p. 819.

[1867] *Ibidem*.

[1868] *Ibid*.

[1869] B. LOEVE, art. cit.

[1870] Article 5.2.3 ISO 26000.

[1871] B. PEREIRA, art. cit.

les activités des entreprises et leurs relations commerciales peuvent entraîner[1872]. Surveiller implique, pour une entreprise, de maîtriser ses activités, là où la multiplication des activités et des intermédiaires tout au long d'une chaîne participe à diluer les responsabilités[1873]. Elle représente une innovation en droit de la responsabilité qui peut être utilisée soit pour utiliser le pouvoir des multinationales en vue de contribuer au développement durable, soit comme un garde-fou pour tenter de limiter leur pouvoir de nuisance, soit encore par une extension de leurs responsabilités juridiques par-delà l'écran de la personnalité morale de l'organisation[1874].

En allant plus loin, la notion de sphère d'influence pourrait fonder une responsabilité du fait d'autrui[1875]. L'entreprise devra, dès lors, mettre en œuvre les diligences raisonnables pour que sa chaîne de valeur ne commette pas de manquement aux droits de l'homme ou à l'environnement[1876]. Pour échapper à l'obligation de réparation des dommages, l'entreprise devra démontrer qu'elle a usé de son influence pour éviter les manquements[1877]. C'est le devoir de vigilance poussée à son paroxysme.

2. L'extension des obligations de compliance à la sphère d'influence de l'entreprise

317. L'extension de la loi vigilance aux relations commerciales établies. La loi vigilance précise qu'elle vise les « activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie »[1878]. Elle a pour ambitions de prendre en compte la « *sphère d'influence* » des entreprises et de déjouer les effets du principe d'autonomie juridique sur la responsabilité des sociétés, au sein des groupes de sociétés et des chaînes d'approvisionnement mondiales[1879]. Le texte initial faisait référence à « *l'influence déterminante* », considérée par les débutés comme incapable de couvrir le cas des groupes internationaux « *dont chacun, pris séparément, représente 5 ou 10 % du chiffre d'affaires d'un sous-traitant ou d'un fournisseur* »[1880]. Lui a été préféré l'énumération des types de partenaires visés, peu importe « la nature des activités de ces entreprises, leurs effectifs, leurs poids économiques ou le lieu d'établissement de leurs activités »[1881], seule compte la nature de la relation[1882]. Si la relation avec les filiales ne pose pas de problème à identifier tant elle est définie par le Code de commerce, il en va autrement de la relation commerciale établie.

[1872] M.-C. CAILLET, art. cit.
[1873] *Ibidem*.
[1874] I. CADET, « La Norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », Revue internationale de droit économique, n°4, 2010, 401-439.
[1875] B. PEREIRA, art. cit.
[1876] *Ibidem*.
[1877] *Ibid*.
[1878] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.
[1879] M.-C. CAILLET, art. cit.
[1880] Avis de S. BARDY v. T. SACHS, art. cit.
[1881] Cons. const., n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, consid. 11.
[1882] T. SACHS, art. cit.

Le critère de la relation commerciale établie vise à limiter le champ des fournisseurs et des sous-traitants qui pourraient potentiellement engager la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre lorsqu'une atteinte est portée aux droits de tiers à raison de leurs activités[1883]. Cette notion n'est pas inconnue en droit économique. Dans sa décision du 23 mars 2017, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré qu'étant déjà utilisée par les articles L. 420-2 et L. 442-6 du Code de commerce[1884], la notion de « relation commerciale établie » est suffisamment précise[1885]. Le premier sanctionne en effet, l'abus de position dominante, notamment en cas de rupture de la relation commerciale établie, et le second vise la rupture brutale de relations commerciales établies[1886]. La relation commerciale établie a été définie par la jurisprudence, dans l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, comme la relation dont chaque partenaire peut légitimement anticiper la poursuite pour l'avenir[1887]. Plus précisément, la jurisprudence considère qu'il suffit de démontrer la régularité, le caractère significatif et la stabilité de la relation pour qu'une relation commerciale établie soit caractérisée[1888]. Ces textes visant fondamentalement des objectifs différents, le Professeur Chaley Hannoun estime qu'il faut s'inspirer avec prudence de la jurisprudence qui a découlé de cette disposition[1889]. La jurisprudence, en effet, apprécie *in concreto* le caractère établi de la relation, au regard de sa durée[1890]. Il s'agit, en effet, d'une relation suivie, stable et habituelle[1891]. Une succession de contrats ponctuels peut suffire[1892]. En revanche sont exclus les contractants occasionnels, même lorsqu'il s'agit de commandes extrêmement importantes[1893]. En matière de vigilance, la doctrine est partagée. Certains auteurs estiment que l'exigence d'une « relation commerciale établie » vise précisément à inclure dans le périmètre de la loi vigilance des fournisseurs réguliers, quand bien même la part des commandes dans leur chiffre d'affaires demeure

---

[1883] C. HANNOUN, art. cit.

[1884] Version en vigueur du 11 décembre 2016 au 26 avril 2019.

[1885] Cons. const., n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, consid. 22.

[1886] C. HANNOUN, art. cit. ; T. SACHS, art. cit. ; Y. QUEINNEC et A. CONSTANTIN, « Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *RLDA* 2015, n° 104.

[1887] Cass. com., 15 septembre 2009, n° 08-19.200, *D*. 2009, AJ 2277, obs. CHEVRIER ; *D*. 2011. Pan. 547, obs. FERRIER ; *RTD com*. 2009. 799, obs. BOULOC ; *JCP E* 2009, n° 42, p. 22, note AUGAGNEUR ; CCC 2009, n° 264, obs. MATHEY ; *LPA* 9 novembre 2009, note GRIMONPREZ ; *RJDA* 2010, n° 81 ; *RLDA* décembre 2009. 40, note COURDIER-CUISINIER ; D. DE SAINT-AFRIQUE, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? », *JCP E*, 2 Février 2017, n° 5, 1064.

[1888] D. DE SAINT-AFRIQUE, art. cit. ; D. MAINGUY, M. DEPINCE, M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3e éd. 2019, p. 254.

[1889] C. HANNOUN, art. cit.

[1890] C. Hannoun, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017, Droit social 2017 p.806 ; Y. QUEINNEC et A. Constantin, Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, Revue Lamy droit des affaires, No 104, 1er mai 2015.

[1891] Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-22.726 ; Cass. com. 18 décembre 2007, n° 06-10.390 ; Cass. com. 16 décembre 2008, n° 07-15.589, Bull. civ. IV, n° 207 ; *D.* 2009. 225, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2009. 2888, obs. D. FERRIER ; *JCP E* 2009. 1479, obs. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, S. DESTOURS ; *RDC* 2009. 1048, obs. G. VINEY ; *JCP* 2009. I. 138, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-11.916 ; Cass. com. 15 septembre 2009, n° 08-19.200 ; Cass. com. 18 mai 2010, n° 08-21.681, Bull. civ. IV, n° 89 ; *D*. 2010. 1341, obs. E. CHEVRIER ; *D*. 2010. 2011. 472, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *D*. 2010. 540, obs. D. FERRIER ; Cass. com. 27 février 2013, n° 12-13.819, *RTD civ*. 2013. 374, obs. H. BARBIER.

[1892] M. MEKKI, art. cit. ; D. DE SAINT-AFRIQUE, art. cit.

[1893] S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, art. cit.

faible[1894]. Quand d'autres estiment que la durée des relations ne devrait pas suffire à caractériser leur caractère établi[1895]. L'article L. 442-6 du Code de commerce et le texte de la loi relative au devoir de vigilance ne répondent pas aux mêmes objectifs : le premier vise à protéger le fournisseur ou le sous-traitant d'une rupture brutale, alors que le second vise à protéger les tiers et l'environnement[1896]. Dans ces conditions, une partie de la doctrine estime que le caractère établi devrait également être apprécié au regard de l'importance que revêt l'activité sous-traitée ou les biens ou prestations fournies pour la société qui a fait sa commande[1897]. Une relation ponctuelle, mais substantielle, pourrait alors être considérée comme une relation commerciale établie[1898].

La directive européenne permettra d'encadrer cette notion puisqu'elle définit la « relation commerciale bien établie » comme « une relation commerciale, directe ou indirecte, qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur »[1899]. L'approche retenue est donc large puisqu'elle prend en considération de manières alternatives l'intensité de la relation et sa durée, mais également la relation qui n'est pas encore établie et qui laisse à penser qu'elle le sera.

Le champ d'application de l'obligation de vigilance assure un rayonnement important de la loi française permettant de dépasser les obstacles liés au voile de la personnalité morale des entreprises et à la multiplicité des contrats liant l'entreprise donneuse d'ordre à ses filiales, fournisseurs et sous-traitants. L'obligation de vigilance apparaît comme le corollaire de l'exercice d'une influence, dont le droit prend acte, sans pour autant faire tomber les frontières sociétaires[1900]. Le législateur fait preuve de pragmatisme en instituant juridiquement le pouvoir que certaines sociétés exercent sur d'autres entités économiques[1901]. Cette institutionnalisation est nécessaire pour encadrer ce pouvoir[1902]. La loi vigilance reflète la volonté du législateur de prendre en compte la réalité économique de l'entreprise c'est-à-dire dans sa sphère d'influence[1903]. En pratique toutefois, l'existence des relations commerciales avec un sous-traitant peut être une donnée commerciale sensible dont la confidentialité rendra difficile l'application de la loi[1904].

[1894] T. SACHS, art. cit. ; S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, art. cit.
[1895] C. HANNOUN, art. cit.
[1896] *Ibidem*.
[1897] *Ibid*.
[1898] *Ibid*.
[1899] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, article 3 (g).
[1900] T. SACHS, art. cit.
[1901] *Ibidem*.
[1902] *Ibid*.
[1903] I. DESBARATS, art. cit.
[1904] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 22.

318. L'extension du règlement général sur la protection des données aux sous-traitants. Le règlement général sur la protection des données précise quant à lui que le responsable du traitement est tenu de faire appel « à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent règlement et garantisse la protection des droits de la personne concernée »[1905]. Le sous-traitant au sens du règlement fait l'objet d'une définition spécifique. Il est ainsi défini comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »[1906]. Le responsable du traitement est ainsi tenu de sélectionner un sous-traitant répondant aux conditions de protection des données personnelles imposées par le règlement[1907]. Est également visé le sous-traitant du sous-traitant, qui est tenu des mêmes obligations en matière de protection des données[1908]. L'instrument contractuel permettra d'imposer aux sous-traitants, qui ne seraient pas soumis au règlement, la protection des données personnelles[1909]. Le règlement général sur la protection des données crée ainsi une chaîne de traitement dans laquelle chaque acteur impose le respect de ces obligations à ses propres sous-traitants[1910]. La protection des données est ainsi assurée par un rayonnement large de la *compliance*[1911].

319. L'extension de la loi Sapin 2 aux tiers. L'article 17 de la loi Sapin 2 impose à l'entreprise de mettre en œuvre des « procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques »[1912]. L'entreprise devient indirectement responsable de ses partenaires économiques du fait de la procédure obligatoire d'évaluation des tiers. Les entreprises qui ne sont pas soumises à la loi Sapin 2 sont entrainées par leurs partenaires qui leur demandent, par ricochet, de décliner des mesures anticorruptions.

320. L'exposition des petites entreprises à la *compliance*. S'il est contre-productif dans l'atteinte des objectifs de *compliance* d'imposer les obligations de *compliance* aux petites entreprises, le rayonnement naturel de la *compliance* crée un « *cercle vertueux* » dont les petites entreprises ne sont pas exclues. Les TPE-PME ne sont soumises ni à l'obligation de lutte contre

---

[1905] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 28.

[1906] *Ibidem*, article 4, 8°.

[1907] M. QUEMENER, « RGPD vs Directive NIS », *Dalloz IP/IT* 2019 p. 364.

[1908] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 28, al. 4.

[1909] C. CASTETS-RENARD, art. cit.

[1910] C. ZOLYNSKI, art. cit.

[1911] *Ibidem*.

[1912] 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 (1), article 17, II, 4°.

la corruption ni au devoir de vigilance[1913]. Elles sont pourtant, pour la plupart, assujetties à des exigences de leurs donneurs d'ordre en matière de lutte contre la corruption et de vigilance[1914]. Elles ont ainsi été amenées à monter en compétences ces dernières années. Le monde de la finance est aussi de plus en plus attentif à ces enjeux et développe des évaluations des pratiques des TPE-PME[1915]. L'Agence française anticorruption encourage également la mobilisation des PME en menant des rencontres avec les fédérations professionnelles et en établissant un guide pratique sur la lutte anticorruption à leur bénéfice[1916]. À cet égard, lors du rapport de Phase 4 de l'OCDE, les examinateurs ont toutefois regretté que les ETI et PME, soient insuffisamment sensibilisées aux enjeux et exigences de la lutte anticorruption, notamment en matière de corruption transnationale[1917]. Ils recommandent à la France d'intensifier ses efforts auprès des ETI et PME impliquées dans le commerce international pour promouvoir l'adoption et la mise en œuvre de programmes de *compliance* adaptés et proportionnés aux circonstances propres à chacune d'elles, en portant une attention particulière à celles opérant dans des régions et secteurs à fort risque de corruption. L'engagement des petites entreprises est toutefois à relativiser. Dans son diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises de 2020, si l'Agence française anticorruption a relevé que la moitié des ETI et PME du panel s'est doté d'un programme anticorruption, elle a néanmoins conclu que les ETI et PME ont une faible connaissance des enjeux et règles anticorruption et qu'elles rencontrent des difficultés à les adapter à leurs contraintes, notamment en termes de budget et d'effectifs[1918]. Ce résultat démontre la nécessité de ne pas contraindre ces entreprises aux obligations de *compliance*.

321. Conclusion §2. La sélectivité nécessaire des normes de *compliance*. Si les domaines d'application des lois de *compliance* visant les sujets en raison de leur puissance économique gagneraient peut-être à être harmonisés, l'ensemble du droit de la *compliance* ne peut pas viser les mêmes sujets. Les assujettis peuvent, en revanche, être soumis à plusieurs lois de *compliance*. Les assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme du secteur financier peuvent ainsi être également soumis à la loi Sapin 2.

[1913] Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

[1914] ORSE et C3D, « Loi PACTE & Raison d'être, et si on passait à la pratique ? », p. 42 ; OECD, Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 147 ; Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, pt. 47.

[1915] *Critères ESG : intégration dans les financements, les investissements, les services aux TPE-PME*, ORSE, 2017.

[1916] OECD, Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 146.

[1917] *Ibidem*.

[1918] *Diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises*, AFA, septembre 2020.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

322. Le sujet facilitateur ou victime de l'infraction. Le sujet de la *compliance* peut être sélectionné en fonction de la nature de son activité qui l'expose à l'infraction en tant que facilitateur. La construction d'une chaine de responsabilité des professionnels facilitateurs de l'infraction de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme a fait ses preuves. Les filtres successifs de professionnels vigilants intervenant à chaque étape du processus criminel visé permettent une remonté d'information importante pour les autorités publiques sur des infractions difficiles à détecter de l'extérieur. L'accroissement du nombre d'acteurs mobilisés dans la lutte contre ces infractions témoigne de l'efficacité du système en place. Le sujet de la *compliance* peut également être sélectionné en fonction de la nature de son activité qui l'expose à l'infraction en tant que victime. C'est le cas de la lutte contre la cybercriminalité dont l'ampleur et l'impact ne cesse de croitre. Les pouvoirs publics sont encore une fois démunis face à ces attaques et comptent sur les opérateurs qui disposent d'informations particulièrement sensibles pour se protéger, mais également transmettre les informations nécessaires à la poursuite de ces délinquants aux autorités publiques. Le sujet de la *compliance* peut enfin être sélectionné en fonction de son potentiel de délinquance.

323. Le sujet auteur de l'infraction. Le sujet peut être également être sur le « *chemin de l'information* » parce qu'il en est lui-même l'auteur direct ou indirect via sa sphère d'influence. Eu égard aux buts mondiaux monumentaux à atteindre, les obligations de *compliance* visent nécessairement des entreprises d'une taille significative par l'application de la méthode des seuils. Les seuils de sélection entre les différents textes ne sont pas harmonisés, ce qui rend leur articulation délicate pour les entreprises visées par différentes obligations de *compliance* qui partagent des outils similaires.

CONCLUSION DU TITRE 2

324. Les critères tenant à la finalité d'un droit de la *compliance*. Le droit de la *compliance* est un droit qui se définit par ses buts. Ces buts mondiaux monumentaux trouvent leur unité dans la protection de la personne. Ils sont déterminés en amont par le législateur et constituent pour les sujets de la *compliance* des obligations de moyen. Le résultat qui n'est pas pleinement atteint n'est donc pas suffisant pour engager la responsabilité du sujet de la *compliance*. Ces derniers sont toutefois tributaires d'obligations structurelles de résultats destinées à atteindre le but monumental fixé par le législateur. Les obligations structurelles constituent donc des obligations de résultat dans l'accomplissement d'une obligation de moyen. Le coût qu'engendre la mise en œuvre de ces obligations structurelles et l'envergure des buts mondiaux monumentaux poursuivis engendre une sélection des entreprises aptes à devenir sujet de la *compliance*.

325. Les critères tenant aux sujets d'un droit de la *compliance*. Toutes les entreprises ne sont pas aptes à devenir sujet de la *compliance*. Il s'agit de choisir les entreprises qui disposent des informations nécessaires aux autorités de poursuites, soit qu'elles sont facilitateurs de l'infraction, victimes ou potentiellement délinquantes. Les obligations de *compliance* qui pèsent sur ces entreprises sont toutefois si lourdes qu'elles méritent une harmonisation au niveau européen.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

326. La mise en ordre attendue de la *compliance* par la création d'un droit. Le droit de la *compliance* internalise dans ses sujets des buts mondiaux monumentaux fixés par le législateur. Ces buts mondiaux monumentaux qui relèvent en principe de la responsabilité de l'État, son désormais à la charge des opérateurs économiques aptes à les concrétiser. Ces derniers collaborent avec les pouvoirs publics pour démontrer qu'ils mettent en œuvre tous les moyens nécessaires pour atteindre ces buts et toutes les procédures prescrites de manière effective et efficace. Ces objectifs, de nature diverse, sont répartis dans les différentes branches du droit en un capharnaüm rendant nécessaire leur identification et leur classement par la doctrine en une matière devenant praticable et lisible pour ses sujets. Ceux-ci sont en effet soumis à différentes obligations de *compliance* devant s'appliquer de manière combinée puisque partageant les mêmes outils.

PARTIE 2 : LE REGIME D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

327. L'intervention *ex ante* de l'entreprise dans la réalisation des buts monumentaux de la *compliance*. L'État doit tirer profit des compétences de l'entreprise dans la réalisation des objectifs d'intérêts généraux qu'il définit. Lui est ainsi apparue la nécessité d'une répression non plus *ex post*, mais *ex ante*, en plaçant à l'intérieur même du fonctionnement de l'entreprise, des obligations d'auto-surveillance et d'auto-répression[1919]. Ces obligations sont désignées par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche comme des « *outils de la compliance* » qui formeraient « *un système grâce à une unité puisée dans les buts que tous ces multiples et différents outils servent* »[1920] **(Titre 1)**.

328. Le contrôle de la mise en œuvre des obligations de *compliance*. Les entreprises sont guidées dans la réalisation des buts monumentaux par les autorités de supervision de la *compliance*. Ces dernières interviennent donc *ex ante* pour préciser les règles, mais également *ex post* pour sanctionner les sujets de la *compliance* qui ne jouent pas leur rôle. En revanche, il n'est pas de leur ressort de sanctionner la découverte d'un crime ou d'un délit qui nécessitera l'intervention judiciaire **(Titre 2)**.

[1919] M.-A. FRISON-ROCHE, « Tracer les cercles du Droit de la Compliance », juin 2017, disponible en ligne.

[1920] M.-A. FRISON-ROCHE, « Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la compliance par ses "buts monumentaux" », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 27-38.

TITRE 1 : LE VOLET PREVENTIF D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

> « *Du point de vue interne, la conformité est un mode d'organisation codifié visant certaines unités ou fonctions de l'entreprise et représente le paradigme de l'auto-régulation. D'un point de vue externe de l'autorité publique, la conformité est la déclinaison nouvelle des instruments de contrôle social dont la puissance étatique se sert pour endiguer le comportement des entreprises en s'appuyant sur une délégation de l'encadrement normatif à ces acteurs complexes* »[1921].

329. L'inspiration américaine du programme de *compliance*. Les programmes de *compliance* ont indéniablement été inspirés de la pratique des régulateurs américains. Cette pratique est explicitée par les lignes directrices de la *United States Sentencing Commission* qui précise la méthode de calcul de la sanction, prenant en compte deux facteurs permettant de limiter la responsabilité de l'entreprise : l'existence d'un programme de *compliance* efficace et la révélation des défaillances de l'entreprise[1922].

330. L'existence d'un programme de *compliance* efficace. Le programme de *compliance* constitue « *un ensemble de techniques juridiques et de gestion, dont la mise en œuvre est imposée aux entreprises de taille significative dans le but de contrôler l'application effective des règles juridiques et éthiques qui leur sont applicables et de diminuer le risque de violation de ces règles* »[1923]. La maîtrise des risques est ainsi au cœur du programme de *compliance* qui s'inscrit dans une démarche prospective. Il ne s'agit pas de supprimer les

---

[1921] S. MANACORDA, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 92.

[1922] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *Codes de bonne conduite – Chartes éthiques – Outils de gestion des risques*, Lamy, Lamy Conformité, 2012, p. 54.

[1923] A. GAUDEMET, « La compliance en quête de définition », INHESJ, défis n° 9, décembre 2018, p. 6.

risques, la prise de risque étant inhérente à toute société : « Il n'existe pas de croissance, ni de création de valeur dans une société, sans prise de risque »[1924]. Il s'agit de maîtriser ces risques, c'est-à-dire de prendre les risques vecteurs d'opportunité et d'éviter ceux sources de difficultés. C'est pourquoi « *la compliance n'est pas un mécanisme subi, mais un outil actif de développement de l'entreprise* »[1925] **(Chapitre 1)**.

331. La révélation des défaillances du sujet de la *compliance*. Les sujets de la *compliance* sont responsables du contrôle de l'efficacité des dispositifs mis en place pour atteindre les buts mondiaux monumentaux. Ils deviennent « *leur propre régulateur* » par la mise en œuvre de procédures d'auto contrôle sensées révéler les défaillances du dispositif de *compliance* de l'entreprise[1926] **(Chapitre 2)**.

[1924] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010.

[1925] J. BEDIER, « La Compliance, un outil actif de développement de l'entreprise », *in* M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 113.

[1926] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 33.

CHAPITRE 1 : LES OUTILS DE PREVENTION DES RISQUES

332. Le traitement des risques, source de performance de l'entreprise. La magnitude des risques s'accroit à mesure que l'entreprise se mondialise. Toute entreprise appartenant à un groupe est, en effet, porteuse de risques au regard des opportunités développées par son activité économique[1927]. Les risques ne sont pas tous de même ampleur et il appartient à l'entreprise de procéder aux arbitrages requis pour définir des priorités en mesurant les conséquences juridiques associées, notamment en termes de niveau d'amende, de mise en cause de la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise, de désorganisation de l'entreprise, de démotivation des salariés, d'atteinte à la réputation, etc. La maîtrise du risque est donc un facteur essentiel de sécurisation de la performance de l'entreprise sur le long terme, celle-ci pouvant en effet être anéantie en cas de survenance d'un risque majeur non maîtrisé. La *compliance* est ainsi « *la manière idoine pour l'entreprise d'internaliser la règle de droit et la norme éthique en l'adaptant à la spécificité du modèle de l'entreprise. Elle devient le meilleur anticorps contre une performance faussée* »[1928] **(Section 1).**

333. La sensibilisation des acteurs contre les comportements déviants. La *compliance* est le reflet d'une prise de conscience du phénomène complexe de la mauvaise conduite des acteurs économiques. Une conception de la mauvaise conduite d'une entreprise la lie à des contraintes cognitives humaines de base, souvent désignées comme la « *rationalité limitée* »[1929]. Cette conception insiste sur le fait que la mauvaise conduite peut résulter de l'erreur, de l'ignorance ou de limites humaines innées dans des situations risquées ou incertaines. Non seulement cette approche tient compte des risques et incertitudes inhérentes à la plupart des activités humaines, mais elle admet que les acteurs de l'entreprise – travailleurs, gestionnaires, dirigeants – ne disposent que d'une quantité limitée des informations, des connaissances et des ressources nécessaires à la maîtrise des résultats. Dans ces conditions, la mauvaise conduite

---

[1927] J.-Y. TROCHON, « La compliance : témoignage d'un directeur juridique », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 315-319.

[1928] *Ibidem*.

[1929] *Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics*, OCDE, 2001, p. 17 et sv.

peut se manifester même lorsque ceux qui en sont les auteurs encourent de lourdes sanctions financières et même lorsqu'ils partagent tous la conviction qu'il faut éviter les mauvaises conduites. C'est dans ce cadre que la sensibilisation des acteurs de l'entreprise s'avère primordiale **(Section 2)**.

SECTION 1 : LE TRAITEMENT DES RISQUES

334. La définition du risque juridique. « *Le risque juridique résulte de la conjonction d'une norme juridique et d'un événement, l'un ou l'autre étant marqué par un certain degré d'incertitude* »[1930]. L'incertitude peut concerner aussi bien la norme juridique que l'événement considéré - agissements, omission, erreur, fautes, défaillance, aléas, etc. - voire les deux en même temps. Certains juristes estiment que le risque juridique est intrinsèquement lié aux risques opérationnels et qu'en conséquence il n'existe que des risques opérationnels générant des conséquences juridiques[1931]. Dans cette perspective, les juristes se positionnent en experts, appelés pour traiter les conséquences juridiques des choix opérationnels. Le défaut d'identification d'une nouvelle norme ou sa mauvaise compréhension constituent pourtant des risques juridiques dont les juristes sont directement responsables, car personne d'autre dans l'entreprise ne dispose de l'expertise pour identifier et traiter ces risques. Certains auteurs définissent ainsi le risque juridique comme celui « *que le juriste peut réduire, compte tenu de son expertise et de ses ressources* » [1932]. En tout état de cause, le risque juridique peut générer des conséquences préjudiciables susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et il est donc indispensable pour l'entreprise de le maîtriser.

335. L'approche par les risques. L'approche par les risques n'est pas nouvelle, elle était déjà en vigueur au sein des entreprises dans certains domaines : élaboration de documentation sur les risques comptables et financiers, les risques concernant l'hygiène et la santé au travail, les risques industriels, voire, pour les plus matures des entreprises, sur les risques stratégiques[1933]. Elle implique pour l'entreprise de maîtriser ses risques, ce qui n'implique pas « *seulement de " retenir " ce qui pourrait " mal marcher ", mais c'est aussi " mieux exploiter " ce qui " marche bien "* »[1934]. Pour ce faire il s'agit de cartographier les risques qui pèsent sur l'activité de l'entreprise **(§1)** afin d'établir une politique de gestion des risques **(§2)**.

[1930] C. COLLARD, « Management du risque juridique et performance de l'entreprise : les leçons du cas Toyota », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 249-261.

[1931] F. VERDUN, « Les conséquences de la définition du risque juridique sur l'organisation de la fonction juridique dans l'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 243-247.

[1932] *Ibidem*.

[1933] N. GUILLAUME, « Cartographie des risques de compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 63.

[1934] F. BERNARD et N. DUFOUR, *Piloter la gestion des risques et le contrôle interne*, Maxima, 2019, p. 20.

§1. LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES

336. La cartographie des risques, « pierre angulaire » de la *compliance*. La cartographie des risques est un outil global permettant tout à la fois d'identifier, de hiérarchiser et de traiter les risques[1935]. C'est un outil indispensable à tout programme de *compliance* puisqu'elle s'impose comme la condition première d'efficacité et d'effectivité de la procédure globale elle-même. Elle est ainsi désignée comme « le point névralgique », *«* la pierre angulaire » et « la clé de voûte du dispositif anti-blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme »[1936] le reste de la procédure ne pouvant « *s'élaborer et se comprendre qu'à l'aune de la cartographie des risques qui en est tout à la fois le point de départ nécessaire comme le point de chute* » [1937]. Elle est également désignée par l'Agence française anticorruption comme « la pierre angulaire » de l'obligation de lutte contre la corruption, « car c'est sur son fondement que sont définies les autres mesures de prévention et de détection. Elle repose sur l'identification, l'évaluation et la hiérarchisation des risques d'atteintes à la probité propres à chaque organisation »[1938].

337. La cartographie des risques, un exercice marginalisé par l'entreprise. Malgré son importance, l'outil ne semble pas encore maîtrisé par les entreprises. L'étude 2021-2022 réalisée par Ethicorp, en partenariat avec l'Association française des juristes d'entreprise démontre ainsi que seulement cinquante-neuf pour cent des entreprises soumises à la loi Sapin 2 déclarent avoir établi leur cartographie des risques, contre cinquante-trois pour cent en 2019, tandis que plus d'une entreprise sur quatre a répondu qu'il n'existait aucune cartographie ou qu'il en existait une, mais sur d'autres risques que la corruption[1939]. En dépit des nombreux avantages que présente la cartographie des risques pour l'entreprise **(A)**, les difficultés inhérentes à sa mise en œuvre expliquent le nombre encore trop faible d'entreprises se pliant à l'exercice **(B)**.

[1935] S. DYENS, « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT* 2012. 131.

[1936] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), p. 8.

[1937] F. KEREBEL et D. DEDIEU, « Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques : Méthodes d'élaboration », *JCP E*. octobre 2010, n° 43, 1929.

[1938] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 28.

[1939] L. BRASSAC, « Sapin II : où en sont les entreprises dans leur mise en conformité ? (et Infographie) », Dalloz actualité, 19 avril 2022.

A. La finalité de la cartographie des risques

338. La finalité de la cartographie des risques. La cartographie des risques est un outil de pilotage de l'entreprise **(1)** pilotée par les plus hautes instances **(2)**.

1. Le pilotage de l'entreprise

339. Le management du risque. Les différentes législations de *compliance* imposent aux assujettis de cartographier les risques. À titre d'exemple, l'article L. 56-32 du Code monétaire et financier dispose ainsi que les assujettis mettent en place une organisation et des procédures internes pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, tenant compte de l'évaluation des risques prévue à l'article L. 56-4-1 du même code. Autre exemple, l'article 17 de la loi Sapin 2 dispose que « les personnes mentionnées au I mettent en œuvre les mesures et procédures suivantes : (…) 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité »[1940]. Les entreprises peuvent alors avoir une vision finaliste de la cartographie, estimant qu'il ne s'agit que d'« *une exigence réglementaire de plus* », un « *exercice très lourd* » perçu comme « *chronophage* », « *aucun retour sur investissement* » ne pouvant être attendu[1941]. Cette vision incite les opérationnels à une certaine passivité : « *on le fait et on passe à autre chose* » et les conforte dans l'absence d'intérêt de l'exercice : « *les risques on les connaît déjà* » [1942].

En réalité, cette exigence ne constitue pas une finalité en soi, mais plutôt « *le moyen à privilégier pour donner du sens à ces systèmes de prévention* » [1943]. Ces différentes législations visent, en effet, la mise en œuvre d'un dispositif préventif d'un risque ou d'un ensemble de risques comme le risque de corruption et de trafic d'influence pour la loi Sapin 2. Au sein de ce dispositif, la cartographie des risques est « *l'une des exigences clés* » permettant aux organes de direction de la société d'avoir une vision d'ensemble exhaustive et précise de l'exposition de l'entreprise aux « *turbulences* » de toutes natures, tant internes qu'externes et ce afin de déterminer, en fonction de son niveau d'exposition, le niveau d'intensité des éléments de maîtrise et, corrélativement, les dispositifs de surveillance du risque à mettre en place[1944]. Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche définit ainsi la cartographie des risques comme

---

[1940] 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 (1), article 17, II, 3°.

[1941] B. BON-MICHEL, « La cartographie des risques : de la rationalisation du futur à l'apprentissage du risque. Cas de l'identification du risque opérationnel au sein d'un établissement de crédit », *Management & Avenir*, 2011/8, n° 48, p. 326-341.

[1942] *Ibidem*.

[1943] N. GUILLAUME, art. cit.

[1944] *Ibidem*.

« *l'expression de liberté de l'entreprise de choisir l'instrument le plus efficace pour concrétiser la liberté des tiers de choisir eux-mêmes les risques qu'ils prendront dans leurs actions futures : c'est une addition de libertés, une succession de libertés, et non pas une limite au principe de liberté* »[1945]. La cartographie ne doit donc pas être mise en œuvre « *pour le régulateur* », mais pour « *maîtriser un risque* »[1946]. Elle constitue un outil de management des risques nécessaire à la performance de l'entreprise.

S'il est admis que toute performance suppose une certaine prise de risques, les actions de l'entreprise sont, en elles-mêmes, génératrices de risques juridiques, que ce soit de nature négative ou positive[1947]. Le risque constitue ainsi « *l'essence même de l'entreprise* », et sa bonne gestion « *un gage de performance et de viabilité à long terme* » [1948], la difficulté consistant à ne pas dépasser certaines limites. A un certain point, en effet, le risque n'est plus rentable et peut mettre en cause le développement, voir la survie même de l'entreprise : « *Toute la difficulté réside dans la définition de ce point, de cette limite, de ce stade à partir duquel la partie devient trop risquée* »[1949]. À cet égard, l'OCDE souligne également que l'établissement d'une cartographie des risques encourage le respect de la réglementation au sein de l'entreprise, en reconnaissant que les entreprises et leur personnel sont souvent les mieux placés pour identifier et corriger les infractions à la réglementation, permettant à celle-ci d'être moins exposée aux risques d'infractions à la loi, que cela soit par inadvertance ou de façon délibérée[1950]. En cartographiant ses risques, le professionnel crée, en effet, les conditions d'une plus grande connaissance et donc d'une meilleure maîtrise des risques auxquels il est confronté, lui permettant notamment de prioriser les actions réparatrices [1951]. Béatrice Bon-Michel prévient, toutefois, que la visibilité sur les risques ne doit pas dériver vers une vision sécuritaire des processus est une inflation des contrôles afin de déresponsabiliser les acteurs[1952]. Ceux-ci s'abritent alors « *derrière les procédures et autres reporting pour justifier de leurs obligations de moyens, et les contrôles s'inscrivent dans le cadre de routine organisationnelle* », alors que les risques n'ont de sens que remis dans une perspective stratégique[1953]. C'est dans cette perspective que doit être envisagée le pilotage de la cartographie.

[1945] M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du principe de proportionnalité et définition du Droit de la Compliance », juillet 2021, disponible en ligne.

[1946] N. GUILLAUME, *Ibidem*.

[1947] C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Droit des affaires, 2010, p. 17.

[1948] *Ibidem*.

[1949] P. LAMBRECHT, « Droit, performance et culture d'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise. Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 127-133.

[1950] OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011.

[1951] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 11 ; S. DYENS, art. cit.

[1952] F. BERNARD et N. DUFOUR, *op. cit.*, p. 25.

[1953] *Ibidem*.

2. Le pilotage de la cartographie

340. Le pilotage de la cartographie. L'Agence française anticorruption indique dans son avis du 12 janvier 2021 que l'instance dirigeante « promeut l'exercice de cartographie des risques et donne les moyens de sa mise en œuvre au responsable de la conformité. Elle valide la stratégie de gestion des risques mise en œuvre sur son fondement et s'assure de la mise en œuvre du plan d'action retenu »[1954]. La cartographie des risques relève ainsi de la responsabilité des instances dirigeantes, tant dans son élaboration pour laquelle elle doit « donner les moyens » **(a)**, que dans sa mise en œuvre **(b)**.

a. La conception de la cartographie

341. L'intervention du juriste dans la conception de la cartographie. La cartographie des risques marque une évolution de la fonction juridique. Au-delà de leur contribution à « *dire le droit ou à le faire parler* », leur contribution suppose « *une compréhension plus fine des modèles économiques pour contextualiser le risque dans une culture d'entreprise* »[1955]. Il s'agit, en effet, d'appréhender la fonction juridique dans sa dimension stratégique, afin de sécuriser les décisions de l'entreprise, non plus seulement par la validation du projet en fin de processus décisionnel, mais en étant associé dès le début du processus[1956]. Cette association en amont doit permettre au juriste, d'une part, de participer à la détermination du champ des possibles en fonction des objectifs de l'entreprise, et d'autre part, d'accompagner le projet dans chacune de ses phases clés de réalisation[1957]. Le juriste travail pour ce faire en étroite collaboration avec le *compliance officer*.

342. L'intervention du responsable de la conformité dans la conception de la cartographie. La création du poste de « *compliance officer* » est une condition nécessaire, de l'avis partagé des autorités de différents pays, notamment des États-Unis ou de la Suisse, au déploiement et au suivi du programme de *compliance*[1958]. Le *compliance officer,* peut notamment être en charge de l'élaboration, puis de l'évolution, de la mise en œuvre et du contrôle de la cartographie[1959] en raison « *de sa visibilité transversale, de sa culture, de la cohérence, et de sa maîtrise des moyens nécessaires pour assumer cette responsabilité* »[1960]. Il doit, tout au moins, selon l'Agence française anticorruption, coordonner l'élaboration de la

---

[1954] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 131.

[1955] L.-M. AUGAGNEUR, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E* 5 octobre 2017, n° 40, 1522.

[1956] S. DYENS, art. cit.

[1957] *Ibidem*.

[1958] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., Lamy, Conformité, 2012, p. 203.

[1959] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 114.

[1960] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.

cartographie « en accompagnant l'entreprise dans le recensement des processus, dans l'identification des risques de corruption, dans l'évaluation et la hiérarchisation de ces risques et dans la définition et la mise en œuvre de mesures concourant à leur maîtrise »[1961].

En fonction de la taille de l'entreprise, la personne nommée à ces fonctions devra consacrer la totalité ou seulement une partie de son temps à la *compliance*[1962]. Le groupe Total est ainsi organisé en un réseau d'environ trois-cent-soixante *compliance officers* qui « *sont dans certaines filiales (par ex. USA ou Nigéria) employés à temps plein à ces fonctions et, dans d'autres, plus petites, assurent leur charge de CO en plus d'autres fonctions* »[1963]. Cette fonction doit répondre à certaines conditions : indépendance, rôle prééminent, expérience, formation, équipe, budget[1964]. Le *compliance officer* doit ainsi être un cadre supérieur disposant d'un niveau d'autonomie suffisant par rapport à la direction, aux ressources et à l'autorité[1965]. Les établissements financiers doivent par exemple obligatoirement se doter d'une fonction de gestion des risques indépendante des fonctions opérationnelles et disposant de ressources adéquates[1966], dont le responsable a un accès direct au conseil et ne peut être démis de ses fonctions sans l'accord préalable de ce dernier[1967]. Le *compliance officer* doit disposer des moyens humains et financiers suffisants pour assurer ses fonctions[1968]. Les lignes directrices de la *United States Sentencing Commission* posent ainsi comme condition à l'efficacité d'un programme de *compliance* la création d'une fonction conformité dont la responsabilité doit être confiée à des personnes dotées de ressources et moyens nécessaires et ayant un lien de *reporting* direct avec l'autorité dite gouvernante[1969]. Ces moyens dépendront de la taille de l'entreprise, mais aussi de son secteur d'activité[1970]. De même, le règlement de l'AMF impose notamment aux prestataires de service d'investissement d'établir et de maintenir opérationnelle une fonction de conformité efficace, exercée de manière indépendante, disposant de l'autorité, des ressources, de l'expertise nécessaire et d'un accès à toute information pertinente[1971].

[1961] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 131.

[1962] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[1963] A. HAMELLE, « Conformité et gestion des risques : l'exemple de Total », *in Actes du colloque de la conformité à la justice négociée*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 33, disponible en ligne.

[1964] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[1965] BIAC et IOE, Connecting the anti-corruption and human rights agendas : A guide for business and employer's organisations, Septembre 2020.

[1966] Article R. 561-38-1 du Code monétaire et financier ; M.-A. NICOLE, « Gouvernance et fonctions clés de risque, conformité et contrôle dans les établissements financiers », *Revue Banque* 2015.

[1967] Article L. 511-64 du Code monétaire et financier.

[1968] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203 ; O. BOULON, « Compliance et régulation financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 167-192.

[1969] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 54.

[1970] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[1971] Article 313-3 du règlement général de l'AMF.

Généralement cette fonction s'organisera dans le département central de conformité situé au niveau de la société mère qui pourra, le cas échéant, s'appuyer sur des relais locaux au sein des filiales, par exemple par pays ou par unité opérationnelle[1972]. Ils peuvent être choisis au sein des départements supports ou encore parmi les responsables opérationnels[1973]. Cette dernière option apparaît la plus favorable pour Madame Lefebvre-Dutilleul, le message étant, selon elle, porté de façon plus efficace lorsqu'il est relayé par des opérationnels qui connaissent et partagent les impératifs commerciaux des salariés opérationnels[1974]. Il en va ainsi de l'organisation du groupe Total dans lequel la *compliance* « *est avant tout l'affaire des managers opérationnels qui animent les entités et les filiales du groupe à travers le monde. (…) Aujourd'hui, un réseau de compliance officer est déployé dans nos filiales afin d'assister les managers et de veiller au bon déploiement des règles de conformité du groupe. Une direction centrale de la conformité, placée au sein de la direction juridique, veille à l'établissement de règles et procédures internes ainsi qu'à leur déploiement coordonné au sein du groupe* »[1975].

La question de la possibilité d'intégrer le département *compliance* au département juridique fait débat, notamment parce que les traits distinctifs entre juriste et *compliance officer* ne sont pas encore bien établis. Pour certains, la fonction de juriste interne englobe presque, de fait, les objectifs qui pourraient être assignés à un *compliance officer* : « *le droit, par les solutions qu'il offre, contribue à renforcer la fiabilité des dispositifs et donc la sécurité des firmes et le juriste ne se contente plus de n'être que le " tailleur de solution sur mesure " à divers problèmes pratiques du quotidien de l'entreprise. À la demande de la direction générale, le juriste va devoir diffuser largement auprès des managers comme des opérationnels, la connaissance et la compréhension de la dimension juridique, des stratégies et de ses enjeux* »[1976]. Pour d'autres, ces deux fonctions sont différentes, mais forcément complémentaires, il en va ainsi de l'avis de Monsieur Collard : « *le juriste imagine fabriquer des solutions juridiques adaptées aux besoins de l'entreprise et qui présentent un degré de risque plus ou moins important, risques qu'il aura préalablement évalués et dont il pourra rendre compte. (…) La fonction compliance contribue essentiellement à produire de la sécurité pour l'entreprise. (…) On peut ainsi, pour illustrer la complémentarité des approches en termes de conformité et de management du risque juridique, utiliser la métaphore du terrain de sport : avec la compliance, on dessine les lignes du terrain de jeu ; la façon de pratiquer son propre jeu dans ce cadre défini comme étant le même pour tout le monde, c'est de la gestion du risque. On peut alors avancer que le responsable de la conformité est une sorte d'arbitre de touche, alors que le directeur juridique (ou le juriste) se*

[1972] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 105 ; V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[1973] *Ibidem*.

[1974] *Ibid*.

[1975] « Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance », Interview Aurélien Hamel, *RLDA*, n° 125, 1er avril 2017.

[1976] R. SAINTE FARE CARNOT, « La conformité, le droit et le juriste. Un contexte nouveau qui fait bouger les lignes de la maîtrise des risques », Juriste d'entreprise magazine, Association française des juristes d'entreprise, janvier 2011, n° 8, p. 38.

trouve au sein de l'équipe des joueurs, leur faisant profiter d'un savoir-faire spécifique ni au service des tactiques et de la stratégie du jeu »[1977]. D'autres encore y voient une nette distinction : « *si un certain nombre d'entreprises les associent au sein d'une même direction, leur mission conduit à une nette distinction. La compliance repose en effet sur une approche préventive alors que l'approche juridique intervient plus tard, sur les situations rencontrées. La direction juridique exerce la veuille juridique, l'interprétation et le conseil dans l'application des textes. La fonction conformité détermine les procédures à mettre en place pour assurer le respect des textes et le contrôle du dispositif* »[1978]. Madame Lefebvre-Dutilleul soutient que les frontières entre ces deux rôles tendent à devenir moins nette, notamment dans les entreprises où les programmes de *compliance* sont déployés depuis un certain temps, dès lors que le *compliance officer* devient également « *apporteur de solutions au regard de situation donnée qui nécessite une analyse fine des principes de bonnes conduites fixées par l'entreprise* »[1979]. Pour autant, elle soutient que placer le département conformité en tant que division du département juridique peut rendre les frontières floues entre le rôle du responsable conformité, qui définit les règles du jeu et se charge de veiller à leur respect au sein de l'entreprise et celui du directeur juridique qui doit trouver des solutions juridiques pour accompagner la stratégie de l'entreprise, dans le respect du code de bonne conduite et de la charte éthique : « *En simplifiant à l'extrême, le directeur juridique pourrait être vu à la fois comme juge, via la conformité, et parti, via la fonction juridique* »[1980]. Dès lors, et dans les entreprises qui en ont la possibilité et les moyens, Madame Lefebvre-Dutilleul recommande de séparer les deux fonctions, à condition, toutefois, que les biens et la coordination soit étroits entre département juridique et département conformité[1981]. Dans tous les cas, Madame Lefebvre-Dutilleul souligne que le département de conformité doit être composé de juristes parce que le programme de *compliance* est composé d'instruments juridiques : « *Ne pas avoir conscience de la particularité du risque juridique et réglementaire que le programme de conformité cherche à couvrir fait courir à l'entreprise un risque important, un risque boomerang si l'on peut dire* »[1982]. C'est la raison pour laquelle, selon Madame Lefebvre-Dutilleul, les juristes, habitués à gérer ces subtilités, doivent rester aux commandes : « *Le juriste idéal pour ce poste présentera une réputation incontestable, une compréhension fine des enjeux business, des capacités de management et de communication éprouvée et une compétence évidente de gestion de projet* »[1983].

[1977] C. COLLARD, « Juridique, *compliance* : questions de territoire(s) », *Juriste d'entreprise magazine*, Association française des juristes d'entreprises, janvier 2011, n° 8, p. 48.

[1978] Table ronde par M. BARTEL, D. DEDIEU, X. HUBERT et S. DOMINGUEZ, Agence française anticorruption, « Réflexions autour du Guide pratique sur la fonction conformité anticorruption dans l'entreprise publié par l'Agence Française Anticorruption », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires avril 2019, n° 2, entretien 63.

[1979] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 19.

[1980] *Ibid*.

[1981] *Ibid*.

[1982] *Ibid*.

[1983] *Ibid*, p. 19.

La question est tranchée en ce qui concerne les services d'investissement et les sociétés de gestion de portefeuille. Le règlement général de l'AMF dispose, en effet, que « le prestataire de services d'investissement établit et maintient opérationnelle une fonction de conformité efficace exercée de manière indépendante »[1984]. Ce responsable de la conformité est titulaire d'une « carte professionnelle de responsable de la conformité et du contrôle interne » au sein des sociétés de gestion de portefeuille et d'une « carte professionnelle de responsable de la conformité pour les services d'investissement » au sein des autres prestataires de service d'investissement[1985]. Pour cela il doit réussir un examen professionnel organisé par l'AMF et présenter toute l'honorabilité nécessaire et la compétence à l'exercice de leur fonction[1986]. De même, la désignation d'un délégué à la protection des données est obligatoire lorsque « les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées ; ou les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en un traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9 ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10 »[1987]. Le règlement général de protection des données lui crée un statut protecteur en consacrant son indépendance[1988].

Quant à la protection des données, le règlement européen prévoit explicitement la désignation d'un responsable soumis à une obligation de confidentialité, une mission d'information, de conseil et de contrôle du respect du règlement, mais également de « point de contact » avec la CNIL[1989]. Le règlement européen octroi la possibilité au délégué d'exercer d'autres mission ou tâches[1990]. Le *compliance officer* en charge de la mise en œuvre des obligations de la loi Sapin 2 et vigilance, par exemple, pourrait donc également être désigné comme délégué à la protection des données[1991]. En tout état de cause, il coopère avec le *risk manager*.

343. L'intervention du *risk manager* dans la conception de la cartographie. L'entreprise peut également disposer d'un *risk manager* qui, le cas échéant, est responsable du déploiement et de la mise en œuvre du processus global de gestion des risques[1992]. À ce titre, il met en place un dispositif structuré, permanent et adaptable visant à l'identification, à l'analyse

---

[1984] Article 313-2 du règlement général de l'AMF.
[1985] Article 313-4 du règlement général de l'AMF.
[1986] O. BOULON, art. cit.
[1987] Article 37, §1, b et c, du règlement général sur la protection des données.
[1988] Article 38 du règlement général sur la protection des données ; G. PERONNE et E. DAOUD, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », *Dalloz IP/IT,* 2017 p. 584.
[1989] Article 37 et 39 du règlement général sur la protection des données.
[1990] Article 38.6 du règlement général sur la protection des données.
[1991] G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit.
[1992] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

et au traitement des principaux risques[1993]. Il anime le dispositif de gestion des risques et apporte un support méthodologique aux directions opérationnelles et fonctionnelles de l'entreprise[1994].

b. La direction de la cartographie

344. Le rôle du conseil dans la direction de la cartographie. Le rôle du conseil dans l'évaluation des risques est de plus en plus mis en valeur[1995]. S'il n'assure pas directement un rôle de *risk management*, il lui revient de vérifier que des structures adéquates y pourvoient[1996]. C'est le sens des dispositions législatives relatives à l'obligation d'inclure une « description des principaux risques et incertitudes » dans le rapport annuel[1997]. Si le rapport du président sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, qui s'appliquait aux sociétés cotées[1998], a été supprimé en tant que tel par une ordonnance prise en application de la loi du 9 décembre 2016[1999], il est désormais prévu que « les principales caractéristiques des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société relative à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière » doivent figurer dans le rapport de gestion[2000]. La loi vigilance[2001] quant à elle, impose d'établir une « cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »[2002], mais ne prévoit pas de responsabilité spécifique du conseil. Compte tenu, toutefois, de la définition large de ses pouvoirs et de son obligation de rendre compte à l'assemblée, celui-ci ne semble pas pouvoir s'en désintéresser[2003], de même qu'au respect des dispositions légales

---

[1993] *Ibidem* ; P. SCHICK, J. VERA et O. BOURROUILH-PAREGE, *Audit interne et référentiels de risques*, Dunod, 2021, p. 25.

[1994] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 131 ; AFA, Guide pratique – Les contrôles comptables anticorruption en entreprise, avril 2022, p. 36, disponible sur le site de l'AFA.

[1995] P. DURAND-BARTHEZ, *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Dalloz, Guides Dalloz, 3e éd., 2020, p. 226.

[1996] *Ibidem*.

[1997] Pour les comptes sociaux : article L. 225- 100-1, I, 3° du Code de commerce – L. 22-10-35 ; créé par l'ordonnance n° 2020-1142, 16 septembre 2020, article 6 – Pour les comptes consolidés : article L. 225- 100-1, II, al. 2 du Code de commerce – L. 22- 10- 35, créé par l'ordonnance n° 2020-1142, 16 septembre 2020, article 6.

[1998] Ce rapport devait être approuvé par l'ensemble du conseil qui en portait collégialement la responsabilité.

[1999] Ordonnance n° 2017-1162, 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés, article 8 ; En application de la loi n° 2016-1691, 9 décembre 2016, article 142.

[2000] Article L. 225- 100- 1, 5° du Code de commerce – créé par ordonnance n° 2020-1142, 16 septembre 2020, article 6.

[2001] Loi n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO 28 mars, article 1er créant article L. 225- 102- 4 du Code de commerce ; modifié par ordonnance n° 2017-1162, 12 juillet 2017, article 11.

[2002] Article L. 225- 102- 4 du Code de commerce ; modifié par ordonnance n° 2017-1162, 12 juillet 2017, article 11.

[2003] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 226.

de prévention de la corruption[2004], ce que le code Afep-Medef reconnaît formellement[2005], ou de protection des données à caractère personnel[2006].

345. Les spécificités du secteur financier. Dans le secteur financier, la fonction de contrôle des risques prend une importance particulière[2007]. Consacrée explicitement par la loi depuis l'ordonnance du 20 février 2014[2008] qui opère une transposition du volet « gouvernance » de la directive 2013/36, dite CRD IV[2009], elle-même issue des principes de Bâle III : « Le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes approuve et revoit régulièrement les stratégies et politiques régissant la prise, la gestion, le suivi et la réduction des risques auxquels l'établissement de crédit ou la société de financement est ou pourrait être exposé, y compris les risques engendrés par l'environnement économique »[2010]. Le texte de la loi prévoit par ailleurs, non seulement que le conseil est informé par les « dirigeants effectifs », qui doivent eux-mêmes « s'engager activement » dans la gestion des risques, mais encore que les membres du conseil sont tenus de consacrer un temps suffisant à l'accomplissement des missions de contrôle des risques[2011].

Dans son rapport relatif à l'évaluation des cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, la Commission européenne alerte sur le manque d'engagement des instances dirigeantes dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et ses conséquences en relevant que « dans plusieurs cas, les instances dirigeantes des établissements de crédit n'ont pas été suffisamment informées des manquements liés au respect des exigences en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ainsi qu'aux risques de blanchiment de capitaux, et n'ont donc pas été en mesure de détecter et de traiter ces manquements de manière adéquate et en temps utile. Dans certains cas, la culture d'entreprise promue par les instances dirigeantes mettait surtout l'accent sur la rentabilité plutôt que sur la conformité. (…) Les manquements des instances dirigeantes de grands établissements de crédit complexes dans l'exercice de leurs fonctions résultaient également de l'attention limitée accordée par les instances dirigeantes aux problèmes rencontrés dans de plus petites unités opérationnelles, en dépit de l'ampleur disproportionnée des dommages dont souffrirait l'établissement de crédit du fait des problèmes liés à la lutte contre

---

[2004] LOI n° 2016-1691, 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, article 17.

[2005] Code Afep-Medef, 2020, § 1.6.

[2006] Règlement 2016/679, Parlement et Conseil, 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/ 46/ CE (règlement général sur la protection des données), JOUE 4 mai, L 119/ 1.

[2007] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 229.

[2008] Ordonnance n° 2014-158, 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière, JO 21 février, p. 3022.

[2009] Directive 2013/36, Parlement et Conseil, 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87 et abrogeant les directives 2006/48 et 2006/49, JOUE L 176, 27 juin, p. 338.

[2010] Article L. 511- 60 du Code monétaire et financier.

[2011] Article L. 511- 61 du Code monétaire et financier.

le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans de telles unités opérationnelles »[2012]. D'où l'importance de l'information des instances dirigeantes chargés de la nomination d'un *compliance officer* ainsi que d'un comité des risques en sus des comités d'audit obligatoires[2013].

346. Le rôle du comité d'audit. Le comité d'audit est généralement composé de membres issus du conseil d'administration et/ou de la direction[2014]. Sa mission concerne le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques[2015]. Le rapport sur le comité d'audit de l'AMF[2016] rappelle cependant que le contrôle interne et la gestion des risques relève de la responsabilité de la direction générale, et que c'est au conseil d'administration lui-même qu'il revient « d'approuver le niveau de risques qu'il est prêt à accepter »[2017]. Il revient donc essentiellement au comité d'audit de préparer le travail du conseil d'administration qui doit en rendre compte dans le rapport de gestion[2018]. Cela l'amène à examiner les ressources dont la société dispose dans ce domaine et les outils qu'elle utilise, au regard notamment du référentiel que la société a choisi[2019]. Si le comité d'audit n'a pas suffisamment de temps pour se consacrer à l'étude des risques non financiers, un comité des risques peut être constitué, obligatoire dans les sociétés de crédit et de financement.

347. La pratique du comité des risques. Certaines sociétés instituent au sein du conseil d'administration un « comité des risques » distinct du comité d'audit[2020]. Il s'agit avant tout des établissements de crédit et des sociétés de financement, pour lesquels cela est obligatoire, et étroitement encadré par la loi[2021] en application des dispositions de la directive dite CRD IV. Ce comité doit conseiller le conseil d'adminitration, notamment en ce qui concerne « *l'appétence en matière de risques* », les prix des produits et services et les pratiques de rémunération[2022]. En 2019, douze pour cent des sociétés du CAC 40 s'en étaient dotées[2023]. Le document IFA/ AMRAE[2024] est réservé quant à l'extension de cette pratique hors de son champ d'application obligatoire, mettant en valeur la difficulté de distinguer les risques financiers des « autres risques » et la nécessité, si l'on adopte cette formule, de définir précisément les compétences des deux comités et de consolider leurs conclusions[2025]. Il considère qu'elle « *a*

[2012] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, COM(2019) 373 final, p. 7.

[2013] Article L. 511- 89 du Code monétaire et financier.

[2014] F. JEGARD, « C... comme Cartographie des risques », *JA* 2022, n° 652, p. 50.

[2015] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 346.

[2016] Rapport final sur le comité d'audit, AMF, 22 juillet 2010, § 1.2.1.

[2017] IFA-DFCG, Directeur financier, comité d'audit et conseil d'administration, novembre 2009.

[2018] Article L. 225- 100 du Code de commerce.

[2019] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 346.

[2020] *Ibidem*, p. 348.

[2021] Article L. 511- 89 du Code monétaire et financier.

[2022] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 348.

[2023] *Ibidem*.

[2024] IFA-DFCG, Directeur financier, comité d'audit et conseil d'administration, novembre 2009.

[2025] P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit*., p. 348.

une réelle justification dans les secteurs où le métier de l'entreprise est de souscrire des risques », ou si le comité d'audit n'a pas suffisamment de temps pour se consacrer de façon approfondie à cette tâche, ou encore si les risques de l'entreprise sont particulièrement complexes et nécessitent la mobilisation de compétences spécifiques[2026]. En tout état de cause, le comité s'appuiera nécessairement sur la cartographie des risques pour prendre ses décisions.

B. L'élaboration de la cartographie des risques

348. L'élaboration de la cartographie des risques. L'élaboration de la cartographie des risques consiste à identifier les risques inhérents à l'activité de l'entreprise **(1)** pour évaluer leur impact sur l'entreprise **(2)**.

1. L'identification du risque

349. L'identification du risque. La définition des objectifs de l'entreprise **(a)** est un préalable à la mise en œuvre des techniques d'identification des risques **(b)**.

a. La détermination des objectifs de l'entreprise

350. L'incidence des risques sur les objectifs de l'entreprise. La notion de risque peut se définir comme un « *événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou au moment de sa réalisation* »[2027], ou plus spécifiquement pour l'entreprise, comme « *la possibilité qu'un événement se produise et ait une incidence sur la réalisation des objectifs ou sur les actifs de l'entreprise* » [2028]. La notion de risque est donc étroitement liée aux objectifs de l'entreprise[2029]. L'Organisation internationale de normalisation définit, par ailleurs, l'identification des risques comme « *le processus de recherche, de reconnaissance et d'enregistrement des risques. L'identification des risques a pour objet d'identifier les raisons pour lesquelles les objectifs du système ou de l'organisation pourraient ne pas être atteints* »[2030]. L'identification des risques nécessite donc, d'abord, de définir les objectifs de l'entreprise. Ceux-ci font partie intégrante du dispositif de gestion des risques élaboré par le *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* dit « COSO II » : « *La fixation des objectifs est une condition préalable à l'identification des événements, l'évaluation des risques, et le traitement des risques. Les objectifs doivent préexister pour permettre à la direction d'identifier et d'évaluer les risques menaçant leur atteinte et prendre les mesures*

[2026] *Ibidem*.
[2027] G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8e éd., PUF, 2007, v. « Risque », p. 833.
[2028] N. GUILLAUME, art. cit.
[2029] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 35.
[2030] F. CORDEL, *Gestion des risques et contrôle interne*, Vuibert, Référence management, 2019, p. 121-145.

nécessaires pour gérer ces risques »[2031]. Les objectifs d'une organisation pouvant se compter par centaines, le COSO II retient, dans un souci pédagogique, quatre catégories d'objectifs assignés de manière formelle aux individus en fonction de leur niveau de responsabilité : 1° les objectifs stratégiques, définis comme « *des objectifs de haut niveau, correspondant à la mission et à la vision de l'organisation et la soutenant. Les objectifs stratégiques reflètent le choix de la direction quant à la façon dont l'organisation s'efforcera de créer de la valeur pour ses partenaires* », ce sont des objectifs de long terme, dont la non-atteinte est susceptible de remettre en cause la continuité d'exploitation de l'entreprise ; 2° les objectifs opérationnels qui concernent « *l'efficacité et l'efficience des activités d'une organisation, notamment les objectifs de rentabilité et de performance et la protection des actifs contre des pertes. Ils varient en fonction des choix définis par le management en termes de structure et de performance. Ils permettent d'atteindre les objectifs stratégiques* » ; 3° les objectifs de *reporting*, c'est-à-dire la mise à disposition d'informations fiables pour des membres de l'entreprise et de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise ; 4° les objectifs de conformité, c'est-à-dire le respect de l'ensemble des lois et réglementations en vigueur, ainsi que les procédures internes à l'organisation[2032].

351. Les objectifs de conformité de l'entreprise. Au titre des objectifs de conformité, la loi de *compliance* impose la mise en œuvre d'une cartographie des risques. Cette obligation aboutie à la coexistence de risques légalement identifiés et de risques propres à la structure et à l'activité de l'assujetti, fondant la nécessité d'établir une classification puis une cartographie personnalisée, spécifique à l'assujetti[2033]. La loi identifie, en effet, des « *risques institutionnalisés* » qui doivent se trouver dans les classifications élaborées par les assujettis[2034]. En matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, le législateur s'est limité à identifier des situations présentant en elles-mêmes, et de façon relativement évidente, un risque faible ou au contraire un risque élevé de blanchiment en se fondant sur des critères objectifs[2035]. L'article L. 561-10 du Code monétaire et financier identifie ainsi des catégories de personnes, produits, services et canaux de distribution devant nécessairement faire l'objet d'une vigilance accrue en raison de leur sensibilité potentielle au risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. En matière de devoir de vigilance, les risques à considérer sont ceux pour les personnes, les parties prenantes potentiellement affectées et non ceux qui peuvent peser sur l'entreprise[2036]. L'entreprise ne doit plus simplement se préoccuper des risques qui la menacent directement comme sa position sur le marché vis-à-vis de ses concurrents ou sa réputation, mais elle doit envisager la question des risques d'un point de vue extérieur, c'est-à-dire les risques liés aux impacts négatifs de son activité sur l'environnement

[2031] *Ibidem*.
[2032] *Ibid*.
[2033] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, *Le Code de la compliance*, 2021, p. 677.
[2034] *Ibidem*.
[2035] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.
[2036] C. MICHON, « Développer une démarche de vigilance effective liée aux droits de l'Homme », *Revue Internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, août 2021, n° 4, p. 13 ; M.-C. CAILLET, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en oeuvre ? », *Droit social* 2017 p. 819.

ou la société[2037]. À ce titre, l'OCDE énonce que ces risques sont « *les risques d'impacts négatifs sur les travailleurs, les droits de l'Homme, l'environnement, la corruption, les consommateurs et la gouvernance d'entreprise liés à leurs activités, à leur chaîne d'approvisionnement et à leurs relations d'affaires* »[2038]. C'est une perspective de gestion des risques différente des systèmes de gestion des risques traditionnels en entreprise[2039]. En s'assurant du respect des droits de l'homme dans toutes ses activités, l'entreprise gérera ses propres risques : gestion des risques légaux, réputationnels, confiance des investisseurs, clients, usagers, partenaires commerciaux[2040]. En l'absence de référentiel unique du devoir de vigilance, le rapport d'évaluation de la loi vigilance signale toutefois le manque de compréhension qu'en ont les entreprises, dont la majorité utilisent les outils de la loi vigilance comme « *des outils de protection de leur intérêt et de leur réputation, adoptant des démarches tournées vers elle-même et non vers l'extérieur* »[2041]. Le Professeur Hannoun relève, par ailleurs, qu'en limitant le contenu du plan à la prévention des « atteintes graves », le législateur a entendu limiter l'obligation de vigilance au risque avéré, c'est-à-dire celui qui « *est confirmé dans sa possibilité, et donc mesurable* »[2042], excluant ainsi le risque suspecté, c'est-à-dire, celui « *non identifié et non identifiable au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques tel qu'il se présente au moment où le risque se réalise* » [2043] donc toute idée de précaution. Cette exclusion est à son avis regrettable « *puisque les atteintes à l'environnement et à la santé trouvent très souvent leur source dans des facteurs faisant l'objet d'incertitudes scientifiques* »[2044]. Le Professeur Parachkévova-Racine en fait une interprétation plus restrictive encore, excluant du champ du plan de vigilance « *un risque certain* », mais dont la réalisation ne porterait pas « *une atteinte grave* »[2045]. Cette perspective s'applique également en matière de protection des données personnelles pour laquelle l'article 35-7 du règlement de protection des données personnelles prescrit, pour chaque traitement envisagé, d'évaluer les risques pour les droits et libertés des personnes concernées[2046].

Parmi les risques institutionnalisés, un risque apparaît de manière récurrente dans les lois de *compliance* : celui que représentent les tiers. La loi Sapin 2, par exemple, met un accent

---

[2037] OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018, p. 18.

[2038] *Ibidem*, p. 5.

[2039] C. MICHON, art. cit. ; *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 22.

[2040] C. MICHON, art. cit.

[2041] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 34.

[2042] C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit social* 2017 p. 806.

[2043] *Ibidem*.

[2044] *Ibid*.

[2045] I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Mis en place de la vigilance en droit des sociétés », *JCP E* 03 août 2023, n° 31-35, 1239.

[2046] K. FAVRO, « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », Légicom, 2017, p. 21.

particulier sur les risques dérivant de l'intervention des tiers dans l'organisation en imposant la mise en œuvre de « procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques »[2047]. De même, la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance impose aux assujettis de prévenir les risques qui dérivent de l'activité de leurs partenaires économiques. Il s'agit, selon la loi, d'une part, « des sociétés qu'elle contrôle, au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement » et, d'autre part, des « sous-traitants et [...] fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation » [2048]. La cartographie des risques doit ainsi comprendre toute la chaîne d'approvisionnement « *stable* »[2049].

352. La cartographie à l'échelle du groupe. La cartographie des risques doit être étendue à l'ensemble du groupe en prenant en considération l'ensemble des activités et des pays dans lesquels il opère. Une cartographie des risques au niveau du groupe ne peut constituer qu'un cadre d'actions commun et nécessite d'être déclinés par les entités par rapport à leurs propres situations[2050]. La société mère a dès lors un rôle de définition et d'uniformisation des attentes qui pèsent sur les entités ainsi que des méthodologies communes à utiliser par elles pour les appliquer[2051]. En imposant l'établissement d'une cartographie au niveau du groupe, la réalité juridique prend le pas sur les formes juridiques et notamment le principe d'autonomie juridique des personnes morales. Par le contrôle qu'elle exerce, par la maîtrise financière qu'elle détient, par son pouvoir de direction, ou, tout simplement, par sa fonction de coordination des activités du groupe, la société mère est, en effet, la mieux placée pour recueillir les informations nécessaires à l'identification des risques et leur traitement, d'une part, et pour exécuter une politique intragroupe, en l'occurrence, de prévention des risques, d'autre part. Le rapport de la Commission européenne relatif à l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne souligne que la plupart des groupes organisent leur gestion des risques en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans l'objectif d'assurer le respect des réglementations locales. Souvent cette démarche est complétée à l'échelle du groupe, en intégrant les besoins réglementaires locaux dans une politique et des processus plus larges. « *L'absence d'une politique de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme à l'échelle du groupe donne à penser que la résolution des problèmes a peut-être été en grande partie laissée à l'appréciation de la direction locale. Dans certains cas, celle-ci était implantée dans des pays tiers auxquels s'appliquent d'autres lois et soumise à des obligations qui n'étaient pas nécessairement aussi strictes que celles applicables dans l'Union. Dans certains cas, il apparaît que la société mère a eu des difficultés à se faire une idée précise et complète des*

[2047] 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 (1), article 17, II, 4°.

[2048] *Ibidem*.

[2049] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 43.

[2050] C. MICHON, art. cit. ; L. DONNEDIEU DE VABRES, « Pas de compliance sans confiance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 107.

[2051] C. MICHON, art. cit.

risques existants au sein du groupe. Cela semble avoir empêché à plusieurs reprises que les problèmes locaux de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ne soient pris en compte dans le cadre d'actions plus larges à l'échelle du groupe »[2052]. Une fois les objectifs de l'organisation définis et diffusés, il convient dans une seconde étape d'identifier les éléments qui seraient susceptibles d'avoir un impact négatif sur leur accomplissement[2053].

b. Les techniques d'identification des risques

353. Les guides méthodologiques. Il s'agit à cette étape de répondre à la question : « *Qu'est-ce qui pourrait mal se passer ?* » [2054]. Les différentes autorités de régulations, dans le cadre de l'obligation de *compliance* d'établir une cartographie des risques, mettent à disposition des assujettis des guides méthodologiques et lignes directrices. À titre d'exemple, la CNIL a élaboré une méthodologie détaillée relative à l'élaboration de l'étude d'impact et plus précisément à l'identification et l'évaluation du risque en matière de données à caractère personnel, qui pourrait nourrir la réflexion pour tout type de cartographie des risques[2055]. De même, les labels développés par la CNIL, et le label « gouvernance » notamment, fournissent par le biais de leur cahier des charges, des clés d'analyse qui pourraient inspirer les entreprises pour la mise en œuvre des lois Sapin 2 et vigilance[2056]. De même, les lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et Tracfin à destination des professionnels de l'immobilier conseillent, par exemple, d'organiser l'identification des risques selon deux étapes : premièrement l'examen de la nature du client et deuxièmement l'examen de la nature des transactions et opérations[2057]. À cet égard, l'identification des risques peut prendre en compte : les caractéristiques de la clientèle et les modalités particulières des transactions effectuées ; les activités exercées par le client et le bénéficiaire effectif[2058] ; la localisation des activités du client ou du bénéficiaire ; la forme juridique et la taille de la personne morale et de l'activité exercée par le client personne morale ; les opérations avec des clients exposés à des risques particuliers en raison de leurs fonctions et qui appellent une vigilance complémentaire ; tout élément participant à la connaissance du client, du bénéficiaire effectif et aux caractéristiques de la relation d'affaires ; les critères énoncés par le code monétaire et financier devant conduire à des mesures de vigilance complémentaire ou renforcée ; les activités exercées avec des personnes

---

[2052] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, COM(2019) 373 final, p. 8.

[2053] F. CORDEL, *op. cit*., p. 121 et sv.

[2054] *Ibidem*.

[2055] G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit.

[2056] *Ibidem*.

[2057] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 15.

[2058] La personne physique qui contrôle directement ou indirectement le client personne morale ou celle pour laquelle la transaction est réalisée.

établies dans des États ou territoires mentionnés par une instance internationale intervenant en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme parmi ceux dont la législation ou les pratiques font obstacle à celle-ci, ou par l'intermédiaire d'implantations dans ces États ou territoires[2059]. Les lignes directrices fournissent des exemples concrets de risques identifiés, par exemple relativement à une personne physique : incohérence entre le profil du client - âge, revenus, profession - et l'opération ou les flux observés ; le client exerce-t-il une profession à risque ? ; quel est son « train de vie » ? Est-il disproportionné avec les revenus d'activité déclarés ? ; le client réside-t-il dans un pays à risque figurant sur les listes publiées par le GAFI ? ; le projet immobilier envisagé est-il situé dans une zone sensible ? ; le client occupe-t-il des postes qui l'exposent à des risques particuliers en raison de fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives ? Est-il une personne politiquement exposée ?[2060] Les réponses à ces questions permettent une personnalisation de la cartographie des risques.

354. L'individualisation de la cartographie. La cartographie des risques est un exercice individuel. En matière de blanchiment, les textes et surtout les instances tutélaires insistent ainsi sur la nécessité absolue, pour chaque professionnel assujetti, de créer sa cartographie personnelle, pleinement adaptée à ses propres activités afin de dégager ses risques spécifiques et de pouvoir y adapter ses mesures internes[2061]. L'ambition de cette cartographie des risques est, en effet, pour chaque entité concernée, de procéder à une analyse concrète, approfondie et complète de ses propres activités afin de pouvoir identifier les risques de blanchiment auxquels l'expose effectivement l'exercice de sa profession[2062]. Pour ce faire, l'assujetti doit prendre en compte sa structure, son organisation, sa taille, son implantation géographique, ses ressources en personnel, sa clientèle, ses canaux de distribution, ses activités et produits, etc[2063]. À l'évidence, le risque de blanchiment n'est pas de la même nature pour un casino et pour un notaire ou encore pour une société de gestion de portefeuilles. Au sein d'une même activité, l'existence et le niveau de risques auxquels est exposée, par exemple, une société de gestion de portefeuilles divergent selon que l'activité de l'entité est essentiellement régionale ou plutôt internationale. Par conséquent, en aucun cas le professionnel soucieux de satisfaire à ses obligations ne peut se contenter d'une reprise intégrale et à son compte d'un modèle indicatif proposé sans individualisation préalable ; « *tout exemple élaboré ne pourra être utilisé par les professionnels que comme un canevas* »[2064]. L'Agence française anticorruption rappelle ainsi que « chaque entreprise établit sa propre cartographie des risques, qui lui est spécifique, et ne

[2059] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 15.

[2060] *Ibidem*.

[2061] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.

[2062] *Ibidem*.

[2063] *Ibid*.

[2064] *Ibid*.

peut en conséquence être appliquée en l'état à une autre entreprise »[2065]. En janvier 2020, le leader français de l'extraction et de la transformation des minéraux Imerys fut ainsi invité à comparaître devant la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption pour différents manquements relatifs aux obligations de *compliance* de la loi Sapin 2. En ce qui concerne le grief relatif à la cartographie des risques, le directeur de l'Agence indique notamment qu' « à la date du contrôle, la méthodologie utilisée par la société, en reposant sur des référentiels de risques généraux appliqués à des zones géographiques larges, n'assurait pas la fiabilité de l'identification des risques » et « qu'à la même date, la société ne disposait pas, pour procéder à la mise en conformité de sa cartographie, d'une méthodologie pertinente, fondée sur la recommandation publiée par l'Agence le 22 décembre 2017 et qui préconise aux organisations concernées d'identifier les risques inhérents à leurs activités, en dressant la typologie des risques qui leur sont propres sur la base d'une analyse fine des processus mis en œuvre »[2066]. La commission des sanctions écarte ces griefs au motif qu'il ressort de l'instruction que si la société a identifié vingt-et-un scénarios de risques génériques propres au domaine extractif, en recourant notamment aux référentiels élaborés en la matière par l'OCDE, seuls les scénarios de risques pertinents compte tenu des activités propres de la société ont été retenues au moyen d'entretiens individuels et de groupes de travail. La commission relève encore que si cette phase a été d'abord limitée en 2017, aux zones Europe et Inde, elle a ensuite été élargie à l'Amérique du Sud, l'Afrique, l'Amérique du Nord, le Moyen-Orient et la Chine[2067]. La commission relève enfin, qu' « une entreprise qui ne justifie son choix de ne pas traiter de façon particulière un pays, ou un niveau inférieur au pays comme un site, ne s'éloigne de la recommandation de l'Agence, qui n'impose aucun niveau de granularité prédéfini, que si elle ne peut pas démontrer que cette situation résulte d'un choix fondé sur une analyse précise de sa chaîne de valeurs et de ses activités propres », or il ressort à ce titre des écritures de la société Imerys que « ce choix résulte, précisément, de la spécificité de ses activités au sein desquelles elle estime que doivent être distinguées d'un côté, les activités extractives soumises à autorisation administrative (licences ou permis divers) qui justifient la pertinence de certains scénarios de risques de corruption en lien avec les tiers et, de l'autre, ses activités industrielles pour lesquelles le type de relations avec les tiers ou les types d'activités ne diffèrent pas substantiellement d'une zone géographique ou d'un site à l'autre »[2068]. L'entreprise doit donc être en mesure de justifier précisément les risques qu'elle entend traiter. Ce choix s'effectue notamment en consultation des opérationnels.

355. La consultation des opérationnels. Les référentiels présentent différentes techniques. L'ISO distingue ainsi trois grandes catégories de techniques d'identification des risques : la méthode reposant sur la preuve, l'approche systématique en équipe et la technique

[2065] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 119.

[2066] AFA, Commission des sanctions, Décision n° 19-02, 7 février 2020, p. 3.

[2067] *Ibidem*, §23.

[2068] *Ibid,* §27.

de raisonnement inductif[2069]. Le COSO II quant à lui distingue deux approches : le *bottom up* qui donne la priorité aux personnes concernées par la gestion du risque au quotidien, c'est-à-dire les opérationnels ; le *top down* qui consiste à collecter en premier lieu la vision des équipes dirigeantes et des organes de gouvernance, puis à la partager à tous les niveaux de l'organisation[2070]. Les différentes méthodes peuvent être combinées, mais aucune ne garantit que l'ensemble des risques seront identifiés : elles fournissent plutôt un cadre, un processus, qui permet de maximiser l'efficacité de la phase d'identification[2071].

La cartographie suppose donc de mobiliser, lors de son élaboration, le « *dire d'expert* », c'est-à-dire les connaissances en matière de risque détenues au niveau de ceux qui maîtrisent les compétences spécifiques opérationnelles et qui sont confrontés au quotidien à ce risque[2072]. Le contenu de la cartographie s'appuie principalement sur le jugement de « *l'expert métier* » pour tenter d'obtenir une image des risques potentiels[2073]. L'Agence française anticorruption a ainsi pu saisir la commission des sanctions, suite au contrôle de la société S SAS, au motif notamment que : « la méthodologie d'identification des risques retenue qui s'appuie sur des scénarios génériques de corruption sur le fondement desquels les filiales étrangères sont appelées à identifier leur propre exposition, ne permets pas d'assurer que la société soit en mesure de réaliser une analyse fine des vulnérabilités existantes sur la totalité de ses processus, en France comme dans les pays où elle est implantée »[2074]. Pour l'Agence, la société mise en cause ne peut satisfaire à son obligation légale de se doter d'une cartographie des risques de corruption qu'en « s'appuyant sur une méthodologie susceptible d'identifier tous les processus à risques en France comme à l'étranger »[2075]. La commission des sanctions constate cependant que la société S a fait appel, un an avant le contrôle, à un prestataire externe afin d'« établir une cartographie-pilote à partir de la situation de la société en France et à la suite d'ateliers de travail et d'entretiens avec des responsables, à définir 42 scénarios de risque qui ont mis au jour 11 risques majeurs, ces risques faisant l'objet d'une cotation en fonction de leur occurrence et de leur impact sur l'entreprise. Dans une deuxième phase, cette cartographie pilote a été testée sur les filiales chinoises, américaines et brésiliennes pour permettre une adaptation aux spécificités locales et cette démarche a fait apparaître, à la suite de la consultation de 139 responsables, 6 nouveaux risques dont la cotation pour la France n'a pas été jugée nécessaire, mais qui ont été ajoutés aux 11 premiers risques portant ainsi à 17 le nombre de risques identifiés par le groupe dans le domaine de la corruption »[2076]. Les opérationnels peuvent ainsi être consultés par la constitution de groupe de travail réunissant, à intervalles réguliers des collaborateurs afin de recueillir leur vision des risques[2077]. Selon l'INERIS, « *les accidents majeurs sont généralement*

[2069] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.
[2070] *Ibidem* ; F. JÉGARD, art. cit.
[2071] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.
[2072] B. BON-MICHEL, art. cit. ; N. GUILLAUME, art. cit.
[2073] B. BON-MICHEL, art. cit.
[2074] AFA, Commission de sanctions, Décision n°19-01, Société S SAS et Mme C, 4 juillet 2019, pt. 19.
[2075] *Ibidem*.
[2076] *Ibid*, pt. 22.
[2077] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.

des sinistres rares résultant d'enchaînements et de combinaisons d'événements parfois difficiles à prédire. Une réflexion menée en commun par plusieurs personnes de sensibilités et compétences différentes favorise un examen plus riche des circonstances pouvant conduire à un accident majeur »[2078]. Les opérationnels peuvent également être consultés par questionnaires[2079]. Cette méthode consiste à administrer à différents groupes de personnes une liste de questions en relation avec les risques susceptibles d'avoir un impact sur l'entreprise[2080]. Ils peuvent être consultés par entretiens individuels, avec pour avantage sa simplicité, l'absence d'effets de groupe, ainsi que la gestion de la confidentialité [2081]. En revanche, pour des raisons logistiques évidentes, un nombre relativement peu important de personnes peuvent être interrogées, ce qui peut mener à une vision relativement étroite de l'univers des risques[2082].

Madame Bon-Michel observe par ailleurs que l'identification du risque génère potentiellement des biais perçus comme irrationnels[2083]. Dans un contexte d'incertitude forte, l'individu aurait, en effet, tendance à faire usage d'heuristiques simplificatrices ou de modèles cognitifs afin de percevoir et d'interpréter l'information. Ces biais seraient renforcés par des difficultés propres au langage, les terminologies relatives aux « *facteurs de risque et de contrôle* » se heurtant, en effet, au langage pratique des professionnels[2084]. Madame Bon-Michel remarque que la structure même de la cartographie, les questions formelles qui y sont attachées, censées assister l'opérationnel dans l'exercice, génèrent de fortes incompréhensions, notamment parce que considérées par les opérationnels comme trop théoriques[2085]. L'intelligence conceptuelle du risque acquise au niveau de la direction se heurterait ainsi à la pratique opérationnelle du risque. Par ailleurs, la vision du risque ainsi formalisée par la démarche pourrait se trouver en décalage avec la réalité opérationnelle. En conséquence, dès les premières cartographies, des biais importants seraient apparus, et notamment celle de son utilisation à d'autres fins par les opérationnels, plus proches de ses préoccupations. Madame Bon-Michel prend l'exemple d'un professionnel qui indique des risques forts pour se couvrir ou montrer qu'il gère un métier risqué donc important : « *Parfois, quasiment tous les risques sont jugés forts comme cela le manager se dit qu'on ne pourra pas lui reprocher de n'avoir rien vu en cas d'erreurs. Il se couvre de cette manière. On a vu ça au niveau des marchés par exemple* » [2086]. Elle fait ainsi remarqué que tant que la cartographie est perçue comme un exercice formel et obligatoire, les attitudes défensives se renforcent, l'opérationnel cherchant à éviter une situation perçue comme embarrassante, car contraire à ses objectifs : pas de gains financiers attendus, atteinte à son émotivité au travers de la sensibilité du risque opérationnel, impact sur le coût des fonds propres et donc son centre de profit. La cartographie sollicite ainsi

---

[2078] *Ibidem*.
[2079] S. DYENS, « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT* 2012. 131.
[2080] F. CORDEL, *op. cit*. p. 121 et sv.
[2081] *Ibidem*.
[2082] *Ibid*.
[2083] B. BON-MICHEL, art. cit.
[2084] *Ibidem*.
[2085] *Ibid*.
[2086] *Ibid*.

l'expression des différentes interprétations possibles d'un même évènement par les opérationnels selon leurs préoccupations. Madame Bon-Michel explique que pour formaliser une pensée objective, l'opérationnel devra utiliser le langage du risque opérationnel qui homogénéise l'approche du risque et lui donne sa rationalité. Elle rapporte ainsi les propos d'un opérationnel en agence de la Banque de Financement et d'Investissement : « *On comprend mieux certains risques, les rapports avec le contrôle interne. On commence à mieux comprendre parfois l'intérêt de certaines procédures* » [2087]. Dans le cadre d'une enquête menée lors de son activité doctorale, Madame Bon-Michel démontre également que le banquier n'avait pas toujours une vision précise de son périmètre de risque : « *on a découvert que nous étions responsables de certains risques comme les pannes informatiques ou une inondation. On a pris conscience de risques plus larges que les risques que nous connaissions traditionnellement comme la fraude sur les chèques ou sur la carte bleue par exemple* » [2088]. Ces prises de conscience ont facilité la modification de certains comportements, par l'ajout ou la mise à jour notamment de contrôles existants - procédures, renforcement de la séparation des fonctions, ajout de check-list - ainsi, « *la formalisation, au travers de la cartographie, des risques moyens, voire faibles, mais fréquents sur la complétude des dossiers clients nous a amenés à renforcer les procédures et les contrôles permanents. Maintenant que l'on sait, on se devait d'agir !* »[2089]. La cartographie jouerait donc le rôle de stimulus, poussant l'organisation à trouver une réponse.

En conséquence, les opérationnels ne peuvent pas établir la cartographie seuls, ils ont besoin d'être guidés. Cela peut être effectué par la mise en place d'ateliers par le *risk manager,* « *véritable chef d'orchestre* », qui doit au préalable traduit le langage de la cartographie : choix des questions, refonte du vocabulaire[2090]. La cartographie se développe ensuite comme un processus dynamique faisant l'objet de dialogue entre l'opérationnel et le risk manager. Les échanges mettent l'accent sur les explications causales des opérationnels qui ne peuvent plus fournir une cause simpliste, dire que « *c'est normal* » ou « *inhérent à l'activité* » [2091]. Cette dimension sociale apparaît pour Madame Bon-Michel, comme une condition essentielle de l'apprentissage d'une « *intelligence collective du risque* » qui renforce la capacité des individus à comprendre les évènements futurs non prévus ou non prévisibles[2092]. Les différentes interprétations se trouvent, en effet, rationalisées dans un objectif commun de gestion du risque opérationnel. Le résultat de la cartographie est alors « *intériorisé* » au niveau individuel sous forme de nouveaux raisonnements implicites. Cette étape d'identification effectuée, il est nécessaire d'évaluer les risques.

[2087] *Ibid*.
[2088] *Ibid*.
[2089] *Ibid*.
[2090] *Ibid*.
[2091] *Ibid*.
[2092] *Ibid*.

2. L'évaluation du risque brut

356. L'évaluation du risque brut. Le risque brut est une évaluation du niveau de vulnérabilité de l'entreprise **(a)** dont les référentiels proposent plusieurs méthodes **(b)**.

a. La définition du risque brut

357. L'évaluation du niveau de vulnérabilité de l'entreprise. Une fois identifiés, les risques doivent faire l'objet d'une évaluation continue, généralement mesurée en termes d'impact et de probabilité d'occurrence[2093]. L'ISO définit ainsi l'évaluation des risques comme « *consistant à fournir un processus structuré permettant d'identifier dans quelle mesure les objectifs peuvent être affectés, et d'analyser les conséquences et la probabilité d'occurrence des risques* »[2094]. Il s'agit d'évaluer le niveau de vulnérabilité de l'entreprise pour chaque scénario de risques identifié. Certaines entreprises peuvent, par exemple, décider de procéder à des évaluations des risques en matière de droits humains et environnementaux par catégorie d'achats ou par catégorie de fournisseurs[2095]. Ce sont les risques « bruts » auxquels l'entreprise est exposée, c'est-à-dire les risques considérés en amont des moyens de maîtrise mis en œuvre. Ce niveau de vulnérabilité est évalué au moyen de trois indicateurs : l'impact, la fréquence et les facteurs aggravants[2096].

Le premier axe d'évaluation du risque est donc constitué par l'impact, autrement dit, « *quel est le niveau de destruction de valeur que présente ce risque (…) ou de création de valeur* »[2097]. Un événement peut avoir une série d'impacts de gravité différente et affecter un ensemble d'objectifs et d'acteurs différents[2098]. L'étude de l'impact nécessite donc une quantification de la conséquence du risque, la détermination du lien causes-conséquences, l'identification des parties prenantes ayant à subir les conséquences du risque, l'association des conséquences du risque aux objectifs d'origine ; le « type » d'impact (cash, résultat net, réputation, qualité de service…), la détermination de l'horizon temporel (court terme, moyen terme ou long terme)[2099]. Les Principes directeurs des Nations Unies précisent que « *dans le cas du risque pour les droits de l'homme, la gravité est le facteur prédominant* »[2100]. Madame Caillet retient plusieurs facteurs de détermination du caractère « *grave* » des incidences : « *l'ampleur de*

[2093] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv. ; S. DYENS, art. cit. ; C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit.*, p. 28.

[2094] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.

[2095] M.-C. CAILLET, art. cit.

[2096] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, § 139.

[2097] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit.*, p. 28.

[2098] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.

[2099] *Ibidem*.

[2100] Haut-Commissariat aux droits de l'homme, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, guide interprétatif, Nations unies, 2012, 9.

l'impact ; le caractère difficilement remédiable ou irréversible ; sa potentialité de réalisation ; le risque pour les personnes plutôt que le risque pour l'entreprise, même si, comme le relèvent les Principes directeurs des Nations Unies, les deux sont très souvent liés »[2101].

Outre la détermination de l'impact du risque, il s'agit d'en estimer le caractère probable. La probabilité peut se définir comme un nombre réel compris entre zéro et un : plus ce nombre est grand, plus le risque que l'événement se produise est grand[2102]. L'estimation d'une probabilité est un exercice complexe, tant en termes de maîtrise des concepts mathématiques que de psychologie[2103]. Si dans certains cas, en effet, le degré d'incertitude peut être appréhendé de manière scientifique, dans d'autres cas, il relèvera de l'appréciation du professionnel[2104]. L'ISO retient trois grandes méthodes d'estimation d'une probabilité, qui peuvent être utilisées conjointement ou non : 1° l'extrapolation qui consiste à utiliser des données historiques pertinentes afin d'identifier des événements ou des situations qui se sont produits dans le passé et ainsi extrapoler la probabilité de leur occurrence dans le futur ; 2° la prédiction qui nécessite de « *déduire les probabilités par une analyse du système, de l'activité, de l'équipement ou de l'organisation ainsi que l'échec ou la réussite qui en découle, à l'aide de techniques prédictives telles que l'analyse par arbre de panne (ou de défaillance) et l'analyse par arbre d'événements* » ; 3° le recours structuré aux experts dans le but d'accroître la fiabilité du processus d'estimation d'une probabilité[2105]. Les probabilités peuvent être envisagées sous un angle qualitatif, semi-quantitatif et quantitatif[2106]. Dans l'évaluation des risques d'atteinte aux droits humains et à l'environnement, le calcul de la probabilité de leur réalisation est hautement aléatoire et les méthodes d'études d'impact s'avéreront plus appropriées[2107].

L'appréciation des facteurs aggravants est réalisée par l'application de coefficients de gravité : « Par exemple, dans la situation des entreprises développant leurs activités à l'international, ce coefficient permet de prendre en compte, au stade de l'évaluation des risques bruts, l'incidence de l'implantation géographique »[2108].

b. Les méthodologies d'évaluation du risque brut

358. Les méthodologies d'évaluation du risque brut. Le niveau d'exposition aux risques bruts a un impact déterminant sur les stratégies mises en œuvre pour les traiter, mais

---

[2101] M.-C. CAILLET, art. cit.
[2102] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.
[2103] *Ibidem*.
[2104] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 28.
[2105] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.
[2106] *Ibidem*.
[2107] M.-C. CAILLET, art. cit.
[2108] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 141.

elle constitue l'étape la plus complexe, et souvent la moins maîtrisée, du processus de *risk management*[2109]. Deux chiffres illustrent ce propos : l'évaluation du risque serait dans trente pour cent des cas le résultat de « *l'expérience* » des personnes en charge du processus ; soixante-quinze pour cent des sociétés auraient des difficultés à quantifier les risques[2110]. L'ISO précise qu'« *une fois prise la décision d'effectuer une évaluation des risques et une fois définis les objectifs et le domaine d'application, il convient de choisir la ou les techniques sur la base de facteurs applicables* » qui sont : les objectifs de l'évaluation, en fonction des enjeux, le choix de la méthode d'évaluation peut être modifié ; les besoins et attentes des décideurs ; la nature des risques devant faire l'objet de l'évaluation ; l'amplitude potentielle des conséquences ; le degré de compétences disponibles ; la disponibilité des informations et des données[2111]. En termes de méthodes, l'ISO distingue trois grandes catégories : les méthodes peuvent être qualitatives, semi-quantitatives ou quantitatives, étant entendu que « *le degré de précision requis dépend de l'application particulière, de la disponibilité de données fiables et des besoins de prise de décision de l'organisation* »[2112]. L'évaluation qualitative « *définis les conséquences, la probabilité et le niveau de risque par des termes comme "élevé", "moyen" et "faible" et peut combiner conséquence et probabilité pour évaluer le niveau de risque qui en découle en fonction de critères qualitatifs* »[2113]. La majorité des méthodes qualitatives sont menées par l'interrogation de groupes et d'individus isolés. Ces méthodes sont pour Frédéric Cordel « *d'une relative efficacité au moment de la phase d'identification des risques* », mais « *d'un intérêt relativement limité lors de l'évaluation des risques* » [2114]. Pour le COSO II, les techniques quantitatives d'évaluation du risque « *sont habituellement plus précises et sont utilisées dans des activités plus complexes et sophistiquées afin d'apporter un complément aux techniques qualitatives* » [2115]. Le COSO II précise par ailleurs que « *la mise en œuvre des techniques d'évaluation quantitatives nécessite en règle générale un investissement et une rigueur plus importants, et requiert parfois l'utilisation de modèles mathématiques* » [2116].

Tous les risques ne peuvent faire l'objet d'une évaluation, au sens d'un calcul précis visant à mesurer leur impact et/ou leur probabilité d'occurrence[2117]. Il en va ainsi des risques liés à la gestion sociale, au nucléaire, ou à certaines atteintes à l'environnement. En revanche, ils peuvent faire l'objet d'une appréciation exprimée la plupart du temps sous la forme d'une cartographie graduée. Le COSO II précise ainsi que la qualité de ces évaluations qualitatives est conditionnée par les connaissances et les capacités de discernement des personnes

[2109] F. CORDEL, *op. cit.*, p. 121 et sv.
[2110] *Ibidem*.
[2111] *Ibid.*
[2112] *Ibid*.
[2113] *Ibid* ; S. DYENS, art. cit.
[2114] *Ibid*.
[2115] *Ibid*.
[2116] *Ibid*.
[2117] *Ibid*.

impliquées, mais aussi par leur compréhension du contexte et des événements susceptibles de survenir.

359. Conclusion §1. Une cartographie des risques personnalisée. La cartographie des risques est un instrument de représentation des risques autant que de communication sur ceux-ci, participant à la prise de conscience du risque avec une vision partagée au sein de l'entreprise, dépassant les visions individuelles[2118]. Son élaboration ne doit donc pas consister en un « *copier/coller* » plus ou moins réussi d'une méthodologie ou d'une cartographie stéréotypée[2119]. Un des impératifs est en effet son adaptation aux problématiques de l'entreprise, les risques étant différents d'une structure à une autre[2120]. Elle est classiquement fondée sur une relation « *probabilité/gravité* » appliquée à chaque type de risque permettant de définir les dispositifs adéquats à mettre en place pour maîtriser ces risques et prioriser les actions à entreprendre[2121].

§2. La construction d'une politique de gestion des risques

360. La construction d'une politique de gestion des risques. Cartographier les risques ne constitue pas une fin en soi, mais un « *outil d'aide à la décision* »[2122], à la gestion du risque. Gérer les risques « *c'est les identifier, en évaluer les enjeux pour pouvoir les hiérarchiser, décider ceux que l'on veut prévenir et protéger (donc, par défaut, ceux que l'on choisit d'assumer), chercher les solutions possibles, choisir celles que l'on veut mettre en place, et les mettre en place* »[2123]. Une fois le risque brut identifié, il convient donc de traiter le risque net. Le traitement du risque net implique la construction d'une politique de gestion des risques qui suppose de faire des choix stratégiques entre les risques acceptables et ceux qui le ne sont pas **(A)**. Certaines entreprises ont une culture plus « *risquophile* » que d'autres, ce qui signifie qu'elles ont une appétence plus prononcée pour le risque[2124]. Divers facteurs influencent l'intensité de cette appétence : le secteur d'activité, l'histoire de l'entreprise, son image, la personnalité de ses dirigeants, les ressources dont elle dispose, etc[2125]. Ces facteurs influencent la politique de gestion des risques de l'entreprise **(B)**.

[2118] C. Collard et C. Roquilly, *op. cit*., p. 147.
[2119] S. Dyens, art. cit.
[2120] *Ibidem*.
[2121] C. Collard et C. Roquilly, *op. cit*., p. 147.
[2122] C. Collard, C. Delhaye, H-B. Loosdregt, C. Roquilly, *op. cit*., p. 31.
[2123] F. Bernard et N. Dufour, *op. cit*., p. 21.
[2124] C. Collard, C. Delhaye, H-B. Loosdregt, C. Roquilly, *op. cit*., p. 31.
[2125] *Ibidem*.

A. Le traitement du risque net

361. Le traitement du risque net. Il faut définir les risques net **(1)** avant d'envisager les différents moyens d'action qui s'offrent à l'entreprise **(2)**.

1. La définition du risque net

362. Le risque net ou résiduel. Le risque net « *correspond au niveau de gravité du risque une fois pris en compte tous les éléments de maîtrise en vigueur au sein de l'entreprise pour en limiter la probabilité ou les conséquences* »[2126]. Dans un tel cadre, la notion d'appétence au risque permet de définir un niveau de risque maximum acceptable pour l'entreprise, au-delà duquel une décision doit être prise en matière de stratégie de gestion du risque, selon une hiérarchie et des choix qui sont les suivants : acceptation, évitement, réduction, protection, etc[2127]. Il s'agit donc de réévaluer les scénarios de risques bruts en prenant en considération les moyens de maîtrise des risques déjà existants et mis en œuvre[2128]. Ces risques nets sont ensuite classés par niveau de scénarios de risques. Lorsque ces scénarios de risques présentent une évaluation nette de même niveau, l'entreprise peut les hiérarchiser au moyen d'une méthode objective adaptée à ses activités spécifiques, reposant sur la combinaison de plusieurs critères comme le risque pays, le chiffre d'affaires, la nature et le type de relation avec les tiers[2129]. Cette hiérarchisation permet de déterminer le niveau d'acceptabilité du risque en distinguant les risques pour lesquels le niveau de maîtrise est considéré comme suffisant de ceux pour lesquels l'instance dirigeante souhaite améliorer la maîtrise, notamment au moyen d'un renforcement du contrôle interne : c'est la phase « *curative* » de la gestion des risques [2130].

2. La classification des stratégies de traitement du risque net

363. Les stratégies de traitement des risques nets. Le COSO II classifie les stratégies de traitement des risques en quatre grandes catégories. La première catégorie est celle de « *l'acceptation* » qui consiste à « *ne prendre aucune mesure susceptible de modifier la probabilité d'occurrence d'un risque et son impact* »[2131]. Monsieur Banks en donne une définition plus financière, retenant que la stratégie d'acceptation « *consiste à conserver une certaine exposition au risque, celle-ci pouvant être financée, en cas de survenance de*

[2126] N. GUILLAUME, art. cit.
[2127] *Ibidem*.
[2128] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 143.
[2129] *Ibidem*.
[2130] *Ibid,* pt. 148.
[2131] F. CORDEL, *op. cit*., p. 147-202.

l'événement, par la trésorerie courante de l'entreprise »[2132]. Monsieur Cordel énonce que la stratégie d'acceptation aurait pour avantages : un coût relativement faible, l'implication des salariés et plus particulièrement des managers, la flexibilité dans la gestion du cash, l'absence d'investissement requis. Elle aurait en revanche pour inconvénients un risque de financement si le risque s'avère être significativement supérieur à l'anticipation. Les risques qui ont un impact et une occurrence faibles, mais qui sont également relativement prévisibles, et pour lesquels l'assurance est soit impossible soit trop chère eu égard aux risques encourus, feraient traditionnellement l'objet d'une telle stratégie, de même que les risques dont l'impact et la probabilité d'occurrence sont extrêmes. Il en va ainsi lorsque des vies humaines sont en jeu ou dans les cas où le principe de précaution est invoqué, c'est-à-dire lorsque « *des activités humaines risquent d'aboutir à un danger moralement inacceptable, qui est scientifiquement plausible, mais incertain […]. Le danger moralement inacceptable est un danger pour les humains ou pour l'environnement qui est menaçant pour la vie ou la santé humaine ou grave et réellement irréversible ou inéquitable pour les générations présentes ou futures ou encore imposé sans qu'aient été pris dûment en compte les droits humains de ceux qui le subissent* »[2133].

La deuxième catégorie est celle de « *l'évitement* » qui implique de renoncer totalement à s'exposer à un risque. Cette stratégie n'implique, en général, « *qu'aucune des réponses possibles identifiées n'a permis de réduire l'impact et/ou la probabilité d'occurrence à des niveaux acceptables* » [2134]. C'est le cas, par exemple, d'une société qui renoncerait à se lancer sur un nouveau marché géographique, ou bien sur un nouveau segment, parce qu'elle considérerait qu'elle ne dispose pas des compétences et/ou ressources financières adéquates pour mener à bien de tels projets. La stratégie d'évitement présente pour avantage sa simplicité et son exposition à des risques parfaitement connus, mais a pour corollaire le risque de se priver d'une opportunité significative qu'un autre pourra prendre, la démotivation ou le départ des acteurs les plus créatifs.

La troisième catégorie est celle du « *transfert* » ou « *partage* » qui recouvre, entre autres, les dispositifs d'assurance ainsi que les instruments financiers de couverture. Le risque est ainsi, pour tout ou partie, transféré à un tiers, via un contrat ou bien un dispositif de marché, qui accepte d'en supporter la charge en contrepartie d'une rémunération. Monsieur Cordel précise que les risques dont l'impact est fort, mais dont la fréquence d'occurrence est relativement faible, sont en général propices au transfert à un tiers[2135]. Les avantages résident dans le coût aisément identifiable, la déductibilité des primes d'assurance versée, la contractualisation de la gestion du risque, la possibilité de générer des profits, et l'absence de financement des conséquences du risque. En revanche, le financement souvent *ex ante* peut s'effectuer à fonds perdu si le risque ne survient pas, il peut par ailleurs occasionner une perte potentiellement

[2132] *Ibidem*.
[2133] *Ibid*.
[2134] *Ibid*.
[2135] *Ibid*.

supérieure au capital investi, des délais d'attente dans l'obtention d'une indemnisation sont également probables.

La dernière catégorie est celle de « *la réduction* » qui consiste à prendre toute mesure susceptible d'avoir un impact sur la probabilité et/ou l'impact d'un risque. Les activités de contrôle interne rentrent dans cette catégorie. Lorsqu'une entreprise décide, par exemple, d'interdire de fumer dans ses entrepôts et d'y installer des dispositifs de détection des fumées, elle met en œuvre une stratégie de réduction des risques. Les risques dont l'impact est faible, mais dont la fréquence d'occurrence est forte, font en général l'objet d'une stratégie de réduction. Elle a pour avantage l'accroissement de la sensibilisation des acteurs au risque, la conformité avec la loi et une certaine flexibilité. En revanche, certains coûts peuvent être difficiles à évaluer alors que cette stratégie nécessite un investissement préalable à la survenance du risque ainsi qu'une évaluation régulière.

Il existe d'autres classifications que celle proposée par le COSO. Celle la plus couramment utilisée dans le monde financier distingue : le contrôle, le financement et la réduction des pertes. Le contrôle des pertes correspond à la définition adoptée par le COSO pour parler de la « *réduction* » des pertes. Le financement des pertes se focalise sur la gestion des conséquences financières du risque. Une distinction est en général introduite, selon que le risque soit financé avant ou après sa survenance, ainsi que sur l'origine des fonds. Rentrent dans cette stratégie les instruments de couverture, les assurances ainsi que le financement du risque au moyen des *cash flows* courants de l'entreprise. La réduction des pertes recouvre l'évitement tel que défini par le COSO ainsi que les stratégies de diversification du risque. Une fois cette limite d'acceptabilité fixée et documentée, il faut déterminer les mesures à mettre en œuvre afin de les maîtriser. Sur cette base un plan d'action est élaboré.

B. L'aboutissement du traitement des risques

364. L'aboutissement du traitement des risques. L'aboutissement du traitement des risques est formalisé par la cartographie des risques **(1)** qui permet d'élaborer le plan d'action **(2)**.

1. La formalisation de la cartographie des risques

365. Les différentes formes de la cartographie des risques. Il existe une infinité de modalités de représentation de ces cartographies des risques, depuis des formes narratives jusqu'à la répandue « *heat map* »[2136].

En matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, l'AMF recommande dans ses lignes directrices du 15 mars 2010 l'adoption d'un format tableau avec une classification tripartite consacrée aux risques liés (1°) aux clients et parties prenantes, (2°) aux produits et (3°) aux opérations. Cette solution offrirait la meilleure visibilité dans l'identification des risques comme dans la lecture quotidienne de la cartographie. Chacune de ces divisions peut être scindée en quatre colonnes principales, respectivement consacrées à (1°) la nature du risque de blanchiment encouru, (2°) aux risques précisément identifiés, (3°) au niveau de risque qui leur est associé et (4°) au niveau de vigilance corrélatif à observer. Les deux premières colonnes consacrées aux risques identifiés doivent être renseignées par le professionnel, selon les dispositions légales précises existantes et surtout selon son analyse *in concreto* de ses activités. Pour une meilleure lisibilité, ces risques peuvent être réunis et présentés par catégories ou sous-catégories. Les deux dernières colonnes, qui sont la résultante de l'analyse des risques pour en permettre la confrontation aux mesures de vigilance devant être mises en œuvre, peuvent être renseignées par un indice qui doit être alors prédéterminé et prédéfini. La cartographie doit ainsi intégrer les critères subjectifs pertinents d'évaluation des risques tels qu'ils sont identifiés par le professionnel en classant ses clients - nature, tendance, comportement - et ses prestations - opérations et produits proposés. Les risques sont alors analysés et classés dans une troisième colonne, selon un niveau de risque corrélatif[2137]. Le professionnel peut se fixer une grille de niveaux de risques avec un code de niveaux de risques graduels partant de l'absence de risque pour aller en quatre ou cinq étapes vers le risque maximal selon une pondération qui peut, par exemple, être la suivante : 1 = Absence de risque – correspondant aux cas d'exemption légale ; 2 = Risque Faible ; 3 = Risque Modéré ; 4 = Risque Élevé ; 5 = Risque Maximal[2138]. Pour le niveau de vigilance corrélatif à y associer, il convient également de prédéfinir les procédures de vigilance à retenir, étant précisé que cinq niveaux de procédure de vigilance peuvent à tout le moins être dégagés des dispositions du Code monétaire et financier : A = Exemption des mesures de vigilance[2139] ; B = Mesures de vigilance allégées[2140] ; C = Mesures de vigilance standard[2141] ; D = Mesures de vigilance complémentaires[2142] ; E = Mesures de vigilance renforcée[2143]. Il est recommandé de compléter

---

[2136] N. GUILLAUME, art. cit.
[2137] *Ibid*.
[2138] *Ibid*.
[2139] Article L. 561-9 I du Code monétaire et financier ; R. 561-15 à R. 561-17 du Code monétaire et financier.
[2140] Article L. 561-9 II du Code monétaire et financier.
[2141] Article L. 561-5 ; L. 561-6 ; R. 561-5 et sv. du Code monétaire et financier.
[2142] Article L. 561-10 ; L. 561-11 ; R. 561-20 du Code monétaire et financier.
[2143] Article L. 561-10-1 du Code monétaire et financier.

la cartographie avec une dernière colonne verticale consacrée à la déclaration de soupçon, car, si cette colonne n'est pas imposée par la loi, elle permet à chaque personne de l'entité appelée à appliquer cette procédure interne de comprendre son rôle et de concourir, par ses diligences et la collecte des informations et documents appropriés, aux réflexions à mener quant à la décision de déclarer ou non de ses soupçons[2144]. Enfin, une dernière colonne verticale ou horizontale peut être réservée aux risques liés au blanchiment de fraude fiscale [2145]. Cette catégorie mériterait, en effet, un traitement distinct pour deux raisons. Premièrement, parce que cette notion introduite dans le champ d'application de l'obligation de déclaration de soupçon n'est nullement la fraude fiscale au sens des dispositions du droit fiscal français, mais celle qui résulterait de l'un des seize critères définis par le décret du 16 juillet 2009[2146]. Sa définition est fort éloignée des définitions du droit commun tant fiscal que pénal, si bien que chaque professionnel peut en avoir sa compréhension propre[2147]. Deuxièmement, parce que la déclaration de soupçon faite sur le fondement de la fraude fiscale est transmise à l'administration fiscale et n'a donc pas le même sort que toute autre déclaration de soupçon[2148]. Enfin, il est judicieux de faire précéder la cartographie elle-même d'un préambule explicatif et d'une légende récapitulant et décrivant les différents niveaux de risques et les procédures de vigilance associées avec la référence aux textes législatifs et réglementaires afférents[2149].

366. La question de la cartographie unique ou des cartographies multiples. Si certains auteurs prônent l'établissement d'une cartographie unique[2150], principalement pour des raisons budgétaires, Monsieur Guillaume y voit un procédé contre-productif pour plusieurs raisons[2151]. D'abord, parce que les destinataires sont différents et ont des usages qui le sont également[2152]. Un conseil d'administration a ainsi besoin d'une vision globale qui lui permette d'identifier les sujets majeurs pouvant avoir un impact significatif sur le fonctionnement et la stratégie de l'entreprise, tandis qu'un *compliance officer* a besoin d'une vision opérationnelle du risque de corruption basée sur les processus, les zones géographiques, les business de l'entreprise[2153]. Ensuite parce que, si toutes ces cartographies relèvent de principes de base communs, les méthodologies fines d'appréciation du risque diffèrent significativement selon la nature du risque, d'une part et les exigences réglementaires spécifiques qui peuvent peser sur certaines natures de risque, d'autre part[2154]. De ce fait, on assiste à la multiplication des cartographies des risques qu'il faut pouvoir articuler entre elles afin de naviguer entre une vision agrégée globale, nécessaire pour la gouvernance de l'entreprise, et une vision

---

[2144] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.
[2145] *Ibidem*.
[2146] Article L. 561-15 II du Code monétaire et financier.
[2147] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.
[2148] *Ibidem*.
[2149] *Ibid*.
[2150] G. PERONNE et E. DAOUD, art. cit.
[2151] N. GUILLAUME, art. cit.
[2152] *Ibidem*.
[2153] *Ibid*.
[2154] *Ibid*.

opérationnelle détaillée, nécessaire à la gestion efficace du risque[2155]. Enfin, le tribunal judiciaire de Paris, dans sa décision La Poste du 5 décembre 2023 admet que « si rien n'interdit à la société mère et donneuse d'ordre de disposer confidentiellement d'une cartographie détaillée enrichie de données chiffrées répertoriées par unités opérationnelles, la version publiée doit permettre au public et aux parties prenantes de connaitre l'identification précise des risques que l'activité fait courir aux droits humains, à la santé et à la sécurité ainsi qu'à l'environnement »[2156]. Le secret des affaires peut ainsi conduire l'entreprise à élaborer une cartographie des risques internes et une cartographie externe moins détaillée mais précisant l'ensemble des risques que l'activité de l'entreprise engendre.

367. Le processus dynamique de la cartographie des risques. La cartographie des risques doit être actualisée en permanence [2157]. La classification opérée par la cartographie étant nécessairement évolutive, elle doit faire l'objet d'un suivi, de mises à jour et révisions selon une régularité évidente voire une fréquence minimale prédéterminée, en fonction notamment de l'identification de nouvelles zones de risques, l'évolution de la réglementation, ainsi que du développement et du perfectionnement des techniques, par exemple de blanchiment[2158]. La mise à jour de la cartographie des risques permet à l'entreprise d'adapter sa méthodologie ou d'en adopter une nouvelle. L'Agence française anticorruption préconise de conserver les éléments suivants afin d'apprécier la mise en œuvre effective de la cartographie des risques : la trace des échanges avec le personnel, la méthode de calcul des risques bruts, la méthode de calcul des risques nets, les procédures d'identification et de classification des risques, les différentes versions des cartographies présentées aux dirigeants, les comptes rendus des différents comités[2159]. On distingue alors la situation au moment de la cartographie initiale, la vision cible que l'entreprise souhaite atteindre au regard de son niveau d'appétence au risque, c'est-à-dire le niveau de risque acceptable pour elle, et enfin la vision actualisée du risque au fil de la mise en œuvre des actions correctrices pour atteindre ce que l'on peut désigner comme sa « *vision cible* » [2160].

2. Le plan d'action

368. Le plan d'action. L'établissement, la formalisation et le suivi du plan d'action constituent une condition de l'efficacité de la cartographie des risques[2161]. C'est donc en toute

[2155] *Ibid*.

[2156] TJ Paris, 5 décembre 2023, n° 21/15827, p. 9.

[2157] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *op. cit*., p. 65 ; S. DYENS, art. cit. ; F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.

[2158] F. KEREBEL et D. DEDIEU, art. cit.

[2159] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 154.

[2160] N. GUILLAUME, art. cit.

[2161] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic

logique que les lois de *compliance* imposent l'élaboration d'un plan d'action aux assujettis. En hiérarchisant les risques à corriger, la hiérarchisation des risques nets détermine naturellement les priorités du plan d'action[2162]. Les premières situations à traiter seront celles qui sont apparues comme ayant les impacts les plus lourds, avec le plus fort degré de réalisation[2163] et l'entreprise devra prouver au régulateur que les réponses adoptées dans le plan d'action sont adaptées aux risques identifiés[2164].

369. Le plan d'action en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. En matière de blanchiment de capitaux, l'assujetti doit faire correspondre à chaque scénario de risque une action adaptée tendant à minimiser au maximum sa réalisation[2165]. L'élaboration de la cartographie des risques lui permet d'identifier, en fonction des critères légaux liés à la gradation de l'obligation de vigilance, quel type de vigilance est requis en fonction des clients, des opérations ou encore de la localisation de la relation d'affaires[2166]. L'intérêt de la mise en place d'un système d'évaluation et de gestion des risques est parfaitement illustré : il s'agit alors d'allouer les moyens déployés par l'assujetti en priorité aux situations les plus risquées tout en préservant sa compétitivité grâce à l'allègement des procédures liées à une clientèle ou à des opérations qui ne présenteraient que peu de risques de blanchiment de capitaux. L'obligation de vigilance variera en fonction des risques identifiés, tout comme les procédures qui seront mises en place pour minimiser le risque de réalisation d'infractions de blanchiment ou de financement du terrorisme. Les dispositions relatives au contrôle par les chambres des notaires de l'application de la réglementation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme insistent ainsi sur la nécessité, pour les autorités ordinales, de vérifier l'adéquation des mesures prises par les notaires avec leur évaluation des risques[2167]. Par ailleurs, toute situation jugée risquée donnera lieu à une alerte traitée par le service de conformité de l'entreprise qui jugera de la pertinence de réaliser une déclaration de soupçon auprès de TRACFIN[2168].

370. Le plan d'action en matière de protection des données personnelles. L'article 32 du règlement général sur la protection des données personnelles pose, quant à lui, une obligation de sécurité pour le responsable du traitement et son sous-traitant, imposant la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir un niveau de sécurité adapté aux risques. Plusieurs méthodes sont proposées par le règlement comme la pseudonymisation et le chiffrement des données ou des moyens permettant de garantir la confidentialité ou

---

d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 150.

[2162] S. DYENS, art. cit.

[2163] *Ibidem*.

[2164] C. MICHON, art. cit.

[2165] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, Le Code de la compliance, 2021, p. 677.

[2166] *Ibidem*, p. 629.

[2167] M.-E. BOURSIER, « L'évolution de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme pour tous les professionnels de l'immobilier », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 28 février 2020, n° 9, act. 234.

[2168] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, Le Code de la compliance, 2021, p. 677.

l'intégrité du système. Par ailleurs, « lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques »[2169], l'article 35-7 du règlement européen de protection des données oblige le responsable des traitements à effectuer une analyse d'impact préalable comportant notamment « les mesures envisagées pour faire face aux risques, y compris les garanties, mesures et mécanismes de sécurité visant à assurer la protection des données à caractère personnel »[2170]. L'analyse d'impact doit ainsi contenir une description du traitement envisagé et des finalités, une évaluation de la proportionnalité du traitement, une évaluation de l'atteinte aux droits et libertés des personnes concernées et des mesures prises pour encadrer le risque et démontrer la conformité au règlement[2171].

371. Le plan d'action en matière de cybersécurité. Dans le même sens, la directive Network and Information system Security du 6 juillet 2016, vise à assurer un niveau de sécurité élevé et commun pour les réseaux et systèmes d'information de l'Union européenne, afin de faire face collectivement aux risques de cyberattaques. À ce titre, les opérateurs de services essentiels, et les fournisseurs de services numériques ont l'obligation d'identifier les risques qui menacent leur sécurité et de prendre les mesures techniques et organisationnelles nécessaires et proportionnées pour gérer ces risques, éviter les incidents et en réduire l'impact.

372. Le plan d'action en matière de protection des droits humains et de l'environnement. En matière de devoir de vigilance la loi impose la mise en œuvre d'« actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves »[2172]. Si les risques identifiés sont liés à l'activité de la société elle-même, il conviendra de modifier en conséquence l'activité lorsque le risque sera connu. Par exemple, concernant les droits humains et les libertés fondamentales, bien que l'entreprise n'a pas les moyens de changer les lois existantes dans des pays peu démocratiques, il lui est possible d'entrainer des progrès pour ses propres salariés comme organiser des discutions sur les droits sociaux au sein de l'entreprise avec des représentants des collaborateurs dans les pays où les organisations syndicales sont interdites[2173]. En revanche, si le risque identifié est lié à l'activité d'un partenaire économique, « *on voit mal comment procéder sinon en rompant la relation contractuelle ; rupture qui devrait logiquement s'opérer sans délai... et sans que la responsabilité encourue au titre de l'article L. 442-6, I, 5° ne puisse venir sanctionner un comportement respectueux d'un devoir légal* »[2174]. À cet égard

---

[2169] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 35.1.

[2170] *Ibidem*, article 35.7 ; F. NAFTALSKI, « Feuille de route : les incontournables », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 253.

[2171] F. NAFTALSKI, art. cit.

[2172] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1, 3°.

[2173] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 22.

[2174] A. REYGROBELLET, art. cit.

l'OCDE précise que « *le plan d'action doit comprendre les mesures que l'entreprise attend de ses relations d'affaires : soit en continuant la relation d'affaires en prenant les mesures nécessaires pour atténuer les risques, soit en suspendant temporairement la relation le temps de prendre des mesures pour atténuer les risques, soit en mettant un terme à la relation parce qu'il n'est pas possible d'atténuer les risques ou parce que l'impact négatif est trop grave. Dans ce dernier cas, l'entreprise doit prendre en compte l'impact social et économique négatif de cette décision*[2175] ». Les Principes directeurs des Nations Unies précisent quant à eux que « *les incidences potentielles devraient être traitées par des mesures de prévention ou d'atténuation des effets alors que les incidences effectives - celles qui se sont déjà produites - devraient faire l'objet de mesures correctives* »[2176]. On retrouve notamment la notion « *d'atteintes graves* » dans les Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme qui précisent que « *la gravité des incidences sera établie en fonction de leur ampleur, de leur portée et du fait de savoir si elles sont irrémédiables ou non* »[2177]. Plus l'atteinte est grave, plus rapidement l'entreprise devra procéder à des changements avant de prendre une décision sur le fait de savoir si elle devrait mettre fin à la relation. Dans tous les cas, tant que l'atteinte se poursuit, et que l'entreprise demeure dans la relation, elle devrait pouvoir démontrer les efforts constants qu'elle a menés pour atténuer l'incidence[2178]. Si la quasi-totalité des entreprises soumises à la loi vigilance ont publié un plan en 2017, le cabinet Ernst & Young signale toutefois que celui-ci reste généralement succinct[2179].

373. Le plan d'action en matière d'anticorruption. Il semble ainsi que seule la loi Sapin 2 n'impose pas l'élaboration du plan de vigilance. Dans l'affaire Imerys susmentionnée, le directeur de l'Agence indique notamment, dans son mémoire en réplique présenté le 8 janvier 2020, « que le plan d'action destiné à remédier aux risques identifiés dans la cartographie est insuffisant dans la mesure où il ne définit pas d'actions spécifiques à déployer au sein des différentes zones géographiques, sites et activités de la société, d'une part, et où les seules 11 actions qu'il comporte pour l'ensemble du groupe n'apportent aucune réponse à certains risques qui ont pourtant été identifiés dans la cartographie, notamment en matière de cadeaux et invitations et de conflits d'intérêts, ou qu'elles sont définies en des termes trop généraux pour en évaluer la pertinence, d'autre part » [2180]. La Commission des sanctions écarte « sans qu'il soit besoin de les examiner » les critiques du directeur de l'Agence à l'égard du plan d'action de la société Imerys au motif que l'élaboration d'un plan d'action ne résulte d'aucune exigence légale, les dispositions du 3° du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 ne prévoyant qu'une obligation d'identification, d'analyse et de hiérarchisation des risques[2181]. Cette décision

---

[2175] OCDE, Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018, p. 33.

[2176] Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations unies, principe 22.

[2177] *Ibidem*, principe 14.

[2178] *Ibid*, principe 19.

[2179] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 29.

[2180] AFA, Commission des sanctions, Décision n° 19-02, 7 février 2020, p.8.

[2181] *Ibidem*, pt. 34.

semble regrettable. Établir une cartographie des risques n'a de sens, en effet, que si l'entreprise en tire des conséquences, notamment à travers l'établissement d'un plan d'action. Il paraît ainsi superficiel de contrôler l'existence d'une cartographie des risques dont aucune conséquence ne sera tirée en termes d'actions par l'entreprise. L'élaboration d'un plan d'action peut par ailleurs permettre l'intervention des parties prenantes de l'entreprise.

374. La consultation des parties prenantes de l'entreprise. Le plan de la loi vigilance peut être élaboré « en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant, dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale »[2182]. De nombreuses questions se posent concernant l'identification de ces parties prenantes[2183]. Apparu dans les années 1960 en management des organisations, la théorie des parties prenantes « *est fondée sur l'idée d'une porosité entre économie, société et politique, d'où découle le constat que l'entreprise est un système politique et qu'à ce titre, il lui appartient de jeter les fondements et les principes démocratiques atteignant toute forme de gouvernance. Par conséquent il lui revient de concevoir une gouvernance négociée, des formes de participation et des espaces assurant la mise en œuvre de processus démocratique de délibération et de discussion, consacrant ainsi une théorie critique de l'ère néolibérale* »[2184]. Cette notion met en avant ce que l'entreprise doit à son entourage et notamment les inconvénients qu'elle leur fait subir[2185]. Il existe cependant de nombreuses définitions des parties prenantes, chacune ayant pour effet « *d'élargir plus ou moins le cercle des parties prenantes de l'entreprise* »[2186], ce qui nuit à son caractère opératoire. L'acception restrictive de la théorie des parties prenantes est au cœur de la théorie du gouvernement d'entreprise dont l'objet initial est la prise en compte des intérêts des actionnaires par les dirigeants d'entreprise dans les organes de direction et de contrôle[2187]. En conséquence, cette théorie s'intéresse peu aux personnes extérieures à l'entreprise, à l'exception des groupes ou individus dont l'entreprise dépend pour sa survie : salarié, clients et fournisseurs, financeurs etc[2188]. Le Professeur Trébulle définit plus largement la théorie des parties prenantes comme le fait de « *s'intéresser à toute personne qui subit les conséquences de l'activité de l'entreprise et dont l'action peut avoir un effet sur elle* »[2189]. La loi vigilance s'inscrirait dans cette acception large « puisqu'elle invite à identifier les parties prenantes en fonction de l'intérêt particulier que ces dernières ont à l'égard de l'entreprise, et surtout des risques que l'entreprise peut leur faire courir »[2190]. Serait ainsi reconnu comme partie prenante

---

[2182] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.

[2183] T. SACHS, art. cit. ; M.-C. CAILLET, art. cit. ; M. LAFARGUE, « Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres : l'entrée dans une nouvelle ère ? », *JCP S* 23 Mai 2017, n° 20-21, 1169.

[2184] J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio essais, 2015, p. 298.

[2185] C. CLERC, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 28.

[2186] M.-C. CAILLET, art. cit.

[2187] *Ibidem*.

[2188] *Ibid*.

[2189] F.G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1re partie) », Bull. Joly 2006. 1337.

[2190] *Ibidem*.

de l'entreprise, dans le cadre du devoir de vigilance, « *l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités* »[2191] : les sociétés filiales, les sous-traitants, les fournisseurs, les organisations non gouvernementales, des associations de défense des consommateurs, etc[2192]. En pratique, c'est la société débitrice de l'obligation de vigilance qui choisit ses interlocuteurs[2193]. À cet égard, la situation des représentants des salariés mérite une attention particulière de la société. Si les salariés et leurs représentants ne sont pas les acteurs uniques de la concertation, ils n'en constituent pas moins des interlocuteurs privilégiés, à double titre : d'une part, la protection des droits fondamentaux, de la santé et de la sécurité des travailleurs de la chaîne de production de valeurs constitue un des objets majeurs du devoir de vigilance ; d'autre part, les représentants des travailleurs des sociétés soumises au droit du travail français peuvent opposer à leurs employeurs, qu'il s'agisse de la société dominante, des filiales, des sous-traitants ou des fournisseurs, les prérogatives dont sont titulaires leurs représentants[2194]. Ainsi, l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance pourraient entrer dans le domaine de la « consultation annuelle sur la politique sociale »[2195] du comité d'entreprise ou de celui de la consultation ponctuelle « intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail »[2196]. La procédure de consultation du comité d'entreprise sur le bilan social, prévue pour les entreprises de plus de trois cents salariés[2197], pourrait également couvrir certains aspects du devoir de vigilance[2198]. Parallèlement, le CHSCT, pourrait également, au titre des articles L. 4612-8-1 du Code du travail, revendiquer de participer à l'élaboration du plan de vigilance, notamment l'identification des risques, ou à l'évaluation de sa mise en œuvre[2199]. De surcroît, ces points peuvent entrer dans les prérogatives des comités de groupe et des comités d'entreprise européens[2200]. Enfin, il apparaît évident aux auteurs que les organisations syndicales devraient participer à l'élaboration du plan, notamment concernant les risques sociaux[2201]. Toutefois, l'élaboration du plan ne saurait entrer dans un des domaines de la négociation collective obligatoire[2202].

Une fois identifiées, les parties prenantes peuvent participer à l'élaboration des plans de vigilance en étant par exemple consultées sur les risques identifiés par l'entreprise dans la cartographie des risques, les méthodes d'évaluation choisies ou les actions mises en place pour remédier aux incidences ou les prévenir, etc[2203]. La question s'est posée de la portée impérative

---

[2191] Y. QUEINNEC, « Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *RLDA* 1er mai 2015, n° 104.
[2192] T. SACHS, art. cit. ; M. LAFARGUE, art. cit.
[2193] *Ibidem*.
[2194] *Ibid*.
[2195] Article L. 2323-15 du Code du travail.
[2196] Article L. 2323-46 du Code du travail.
[2197] Article L. 2323-20 du Code du travail.
[2198] T. SACHS, art. cit.
[2199] *Ibidem*.
[2200] *Ibid*.
[2201] *Ibid*.
[2202] *Ibid*.
[2203] M.-C. CAILLET, art. cit.

de l'élaboration du plan de vigilance « en association avec les parties prenantes de la société » comme prévu par la loi[2204]. Le juge parisien répond à cette question dans l'affaire Total Energies rendue le 28 février 2023[2205]. Il souligne à cette occasion que la seule véritable consigne du législateur réside dans la volonté d'élaborer le plan selon la méthode de la co-construction visant à associer la société débitrice et les parties prenantes cela afin qu'un dialogue puisse être noué en amont de l'élaboration du plan de sorte que les risques soient parfaitement identifiés et que les mesures pour tenter de les éviter ou de les atténuer soient elles aussi convenues entre les parties participant à l'élaboration du plan, méthode devant servir à purger au maximum le risque de contentieux en la matière[2206]. Cette collaboration des parties prenantes peut notamment prendre appui sur le mécanisme de la mise en demeure ouvert par la loi au profit des tiers à la société débitrice préalablement à toute saisine du juge. Plus encore, selon le juge parisien, cette mise en demeure explicite la volonté du législateur français de 2017 d'instaurer un processus collaboratif d'élaboration du plan. En effet, pour le juge du tribunal judiciaire de Paris, elle institue « une phase obligatoire de dialogue et d'échange amiable au cours de laquelle la société pourra répondre aux critiques formulées à l'encontre de son plan de vigilance et lui apporter les modifications nécessaires » et « poursuis un objectif de sécurité juridique et de développement des alternatives amiables de résolution des litiges »[2207]. Certains auteurs y voient pourtant une obligation *contra legem*, eu égard aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce qui précise que le plan « a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société », ce qui ne créerait pas d'obligation et, par conséquent, « la société ne commettrait pas une faute en négligeant de consulter les "parties prenantes" »[2208]. Cette interprétation a été retenue par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi, précisant ainsi que « les dispositions selon lesquelles le plan de vigilance "a vocation" à être élaboré avec les "parties prenantes de la société" ont une portée incitative ». La solution du juge du tribunal judiciaire de Paris pourrait toutefois être confirmée avec l'adoption d'un devoir de vigilance européen. Le parlement européen, dans sa résolution du 10 mars 2021 indique en effet, qu'un « devoir de vigilance rigoureux exige que toutes les parties prenantes concernées soient consultées de manière efficace et constructive, et que les syndicats, en particulier, participent de manière adéquate aux procédures », « la présente directive exige donc la consultation et la participation des parties prenantes à toutes les étapes du processus de vigilance »[2209].

[2204] Article L. 225-102-4, I du Code de commerce.

[2205] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, JurisData n° 2023-002691 ; *JCP E* 2023, 1086, obs. J.-B. BARBIERI ; *JCP G* 2023, act. 373, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, B. PARANCE.

[2206] J.-M. MOULIN, « Plan de vigilance : une décision en attendant… la directive européenne », *RD banque et fin.* Mars-avril 2023, n° 2, comm. 61.

[2207] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942.

[2208] A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610 ; v. également J.-B. BARBIERI, « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », *JCP E.* 23 mars 2023, n° 12, 1086.

[2209] Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 26.

375. Conclusion §2. La cartographie des risques, base du plan d'action de l'entreprise. L'entreprise définit les niveaux de risque acceptables par une classification de ces risques entre acceptation, évitement, transfert et réduction, formalisés dans la cartographie des risques. Celle-ci peut rassembler l'ensemble des risques de *compliance* pour une vision globale ou traiter les risques de différentes natures séparément en une multitude de cartographies pour une vision opérationnelle détaillée. Il s'agit ensuite pour l'entreprise d'en tirer les conséquences à travers l'établissement d'un plan d'action qui permettra, entre autres, de déterminer la stratégie de sensibilisation des acteurs de l'entreprise.

SECTION 2 : LA SENSIBILISATION DES ACTEURS DE L'ENTREPRISE

376. La sensibilisation des acteurs de l'entreprise à la *compliance*. La *compliance* se traduit par la promotion d'une approche reposant sur la conviction que le respect de la norme est souhaitable[2210]. Le plan exigé par la loi Sapin 2 doit ainsi comporter des mesures propres de sensibilisation des acteurs à la lutte contre la corruption. De même, le règlement sur la protection des données encourage la diffusion d'une éthique des données au sein de l'entreprise[2211]. Cela passe par l'élaboration d'un code de conduite **(§1)** et la diffusion au sein de l'entreprise d'une culture de *compliance* **(§2)**.

§1. LE CODE DE CONDUITE

377. Le code de conduite. L'OCDE définit le code de conduite comme « un engagement souscrit volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché »[2212]. Madame Lefebvre-Dutilleul le définit quant à elle comme « *l'ensemble des actions mises en œuvre par l'entreprise visant à rendre les comportements des dirigeants et salariés, tant au sein de l'entreprise que vis-à-vis des tiers, conformes aux valeurs de l'entreprise et à la norme, interne et externe, qui s'applique, et ce, quelle que soit la zone géographique où ils opèrent* »[2213]. Leur élaboration a ainsi un aspect préventif prédominant **(A)**.

Si on peut douter de la force obligatoire du code de conduite adopté volontairement par l'entreprise, qui peut constituer un simple affichage marketing et ne contenir aucune prescription de comportement, la force obligatoire du code de conduite adopté par l'entreprise sous la contrainte d'un ordre de *compliance* ne peut qu'être réelle sous peine de voir l'entreprise sanctionnée en *ex post*[2214] **(B)**.

[2210] C. ZOLYNSKI, art. cit.

[2211] *Ibidem* ; T. THOURET, « Formation et compliance : deux outils corrélés de transmission d'information », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 245-254.

[2212] *Responsabilité des entreprises – Initiatives privées et objectifs publics*, OCDE, 2001, p. 53.

[2213] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 16.

[2214] P. INGALL-MONTAGNIER, « La compliance entre extra-judiciaire et émergence du juge », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 149.

A. L'élaboration du code de conduite

378. L'élaboration d'un code de conduite. L'élaboration d'un code de conduite est devenue une obligation de *compliance* **(1)** qui induit le respect de certaines conditions par les sujets de la *compliance* dans l'élaboration du code **(2)**.

1. La nature du code de conduite

379. Le code de conduite, un modèle transnational des « bons comportements ». Certains auteurs désignent les codes de conduite comme « *un des exemples remarquables de nouveaux types de régulation* » qui ne « *réglemente pas d'une façon abstraite* », mais « *décrit un comportement souhaitable, un modèle de comportement* » illustrant « *l'opposition entre la règle de droit et la règle morale : l'une est un commandement sans réplique, l'autre agit par persuasion d'un modèle* »[2215]. Ce sont ainsi des « *règles de juste conduite, par opposition aux règles artificielles de l'État* » [2216]. Ces codes procèdent de la même nature que les usages et les coutumes, sources privées du droit, avec un rôle inverse. Ils constituent, en effet, « *un procédé de création des usages à venir, soit parce qu'il n'existe pas d'usages, soit parce que les usages sont mauvais. Les codes naissent souvent d'un mal, il s'agit de réformer les pratiques critiquables* » [2217]. La réglementation privée présente ainsi l'avantage de sa flexibilité et de sa capacité de réaction aux changements de situation ou aux exigences propres à un secteur ou un lieu d'implantation. À cet égard, madame Aubert souligne qu'« *avec la globalisation, la politique institutionnalisée n'a plus la fonction de normer les constitutions particulières des secteurs sociaux, elle peut donner des impulsions normatives de l'extérieur, ressenti comme des irritations par les systèmes concernés et que ceux-ci traduisent dans leurs codes spécifiques, mais elle ne saurait leur imposer des normes toutes faites, inadaptées à leur mode d'être spécifiques* »[2218]. Elle signifie ainsi que le politique n'a plus les moyens de diriger certaines entreprises qui doivent alors s'organiser pour « *jouer un rôle équivalent à celui d'une cour constitutionnelle* » par une production normative préservant les droits des individus notamment sur le plan transnational[2219]. Le code de conduite permet, en effet, aux dirigeants de l'entreprise d'afficher à l'extérieur de l'entreprise leurs engagements envers une politique de probité, ainsi que d'assurer une diffusion mondiale de règles légales attachées à la vie des affaires, et de diffuser à l'intérieur de l'entreprise une culture de *compliance*[2220]. Contrainte

---

[2215] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 117 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, Champs, 2022, p. 135.

[2216] G. FARJAT, *op. cit*., p. 117.

[2217] *Ibidem*.

[2218] I. AUBERT, « Préface », *in* G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnelisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Bibliothèque de la pensée juridique, Classique Garnier, 2016.

[2219] *Ibidem*.

[2220] L. D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *RSC* 2019 p. 205.

d'édicter des comportements à adopter à travers son code par l'obligation de *compliance* qui pèse sur elle, l'entreprise se transformerait ainsi en un « *régulateur ex ante* »[2221].

380. L'obligation de *compliance* d'élaborer un code de conduite. Les codes de conduite ont longtemps été une pratique volontaire des entreprises. Monsieur Teubner rappelle toutefois que « *derrière la métaphore des " codes volontaires " réside tout sauf la volonté. Les entreprises transnationales ne promulguent leurs codes ni sur la base de leur compréhension du bien commun ni en raison d'une motivation d'éthique d'entreprise. Elles se soumettent simplement volontairement lorsque des pressions d'apprentissage massives sont exercées à leur encontre de l'extérieur* »[2222]. La pression extérieure apparaissant ainsi comme une condition indispensable, une réflexion s'est engagée sur les modalités d'une cohabitation normative entre normes privées et dispositions légales, sous l'impulsion des instances internationales[2223], pour aboutir à une co-production normative[2224]. La *compliance* incite voire oblige ainsi les entreprises à concevoir des ensembles normatifs : code de conduite ou plan de vigilance, dont la finalité est de reporter une partie de la production normative vers les entreprises[2225]. Monsieur Coulon, directeur juridique et conformité de la société Bouygues Construction, souligne ainsi que « *l'entreprise est, par délégation, le législateur. Elle crée ses propres normes et elle en vient également à les exécuter* »[2226]. Le Professeur Deumier explique qu'« *en tant qu'opérateurs cruciaux certaines entreprises sont aptes à insérer une nouvelle sphère entre réglementation et autorégulation : avec l'encouragement des États, elles s'érigent en véritables législateurs privés* »[2227].

La loi Sapin 2 exige ainsi de l'entreprise assujettie l'établissement d'« un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du Code du travail »[2228]. L'Agence française anticorruption précise par ailleurs que « le code de conduite, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée par l'entreprise, est un document qui manifeste la décision de l'instance dirigeante d'engager l'entreprise dans une démarche de

---

[2221] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.

[2222] G. TEUBNER, « L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite " privés " et " publics " des entreprises », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 71.

[2223] v. *supra* pt. 243.

[2224] Y. QUEINNEC et W. BOURDON, « Entreprises transnationales et droits de l'homme, à la recherche des combinaisons normatives adaptées », *Journal européen des droits de l'homme*, 26 avril 2013, n°1.

[2225] C. GRANIER, « La simplification du droit des affaires par la simplification de ses sources », Droit et Patrimoine, 1er avril 2022, n°323.

[2226] L. BRASSAC, « La compliance vue par plusieurs directeurs juridiques », *actuEL direction juridique*, éditions législatives, Lefebvre Dalloz, 25 juin 2021.

[2227] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *in Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 338.

[2228] 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 (1), JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, article 17, II, 4°.

prévention et de détection des faits de corruption. Il recueille les engagements et principes de l'entreprise en cette matière. Il définit et illustre les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption »[2229]. La même exigence normative ne se retrouve pas dans la loi sur le devoir de vigilance, en revanche elle se retrouve, dans une moindre mesure, dans le règlement général de protection des données personnelles. L'article 40 du règlement 2016/679 encourage ainsi l'établissement d'un code de conduite destiné à contribuer à la bonne application du règlement en permettant « de répondre aux besoins opérationnels des professionnels concernés dans leurs démarches de mise en conformité au RGPD »[2230]. Des objections sont toutefois formulées quant à leur intérêt, « *en effet, en principe, ils constituent un moyen pour les entreprises de définir par secteur les règles applicables à leurs activités en prenant en compte les particularités de leur marché (cloud, santé, voitures connectées…), ils sont en pratique très lourds et onéreux à mettre en œuvre. Par ailleurs, s'ils peuvent attester du respect par le responsable du traitement des dispositions du RGPD, ils peuvent néanmoins également ajouter, encore, aux sanctions susceptibles de frapper le responsable de traitement en cas de violation dudit code* »[2231]. En rendant ces codes obligatoires, la *compliance* leur confère une légitimité et donc une efficacité.

2. Les conditions d'élaboration du code de conduite

381. Les conditions d'élaboration du code de conduite. Le Professeur Farjat estime que l'efficacité des codes de conduite peut être assurée par les pouvoirs publics eux-mêmes ou les autorités de régulation[2232]. C'est ainsi que la *compliance* rend ces codes efficaces, en imposant des conditions de fond **(a)** et de forme **(b)** contrôlées par les régulateurs.

a. Les conditions de fond

382. La fonction pédagogique du code de conduite. Le code de conduite a vocation à être rédigé postérieurement à l'élaboration de la cartographie des risques, dans la mesure où il décrit les comportements à proscrire à partir des risques identifiés[2233]. Il ne se contente pas, en

[2229] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021.

[2230] CNIL, « Ce qu'il faut savoir sur le code de conduite », 7 février 2020, disponible sur le site internet de la CNIL.

[2231] J.-L. SAURON, « Le RGPD : outil ou entrave de la société d'information ? », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 75.

[2232] G. FARJAT, *op. cit*., p. 117 et sv.

[2233] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, §170 ; V. REBEYROL, « La compliance : le rôle de la charte éthique », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN ET J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 119-128.

effet, de reprendre les définitions légales des comportements proscrits, mais il doit définir les comportements à suivre ou à proscrire en fonction des spécificités de l'entreprise concernée[2234]. L'Agence française anticorruption recommande ainsi d'y prévoir des illustrations pertinentes sur des cas concrets ainsi qu'une structuration en rubriques correspondant aux différents types de comportements à proscrire[2235]. Elle recommande également une rédaction claire, sans réserve et sans équivoque, en des termes intelligibles et accessibles à des non-spécialistes[2236]. Ces recommandations ont une vocation pédagogique qui répond au constat selon lequel les irrégularités commises au sein de l'entreprise proviennent régulièrement d'une méconnaissance des règles[2237]. En explicitant les règles essentielles que tout un chacun doit respecter au sein de l'entreprise, le code de conduite rend l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » effectif pour les salariés, réduisant leur l'exposition aux risques juridiques, sociaux, environnementaux, politiques ou réputationnels[2238].

383. L'adaptabilité du code de conduite aux spécificités locales. Les codes de conduite s'appuient généralement sur un socle de référence commun constitué de conventions internationales[2239]. Leur contenu traduit toutefois une certaine hétérogénéité rendue nécessaire par l'adaptation du code à la diversité culturelle, notamment pour les multinationales, ce qui implique de se conformer aux lois applicables localement[2240]. À ce titre, l'Agence française anticorruption conseille de prévoir des déclinaisons du code en fonction des spécificités juridiques locales « pouvant parfois se matérialiser par l'application de normes anticorruption différentes » ou des risques spécifiques liés à des activités variées[2241]. Il devra également être basé sur un ensemble de valeurs fondamentales qui constituent une culture d'intégrité commune à l'ensemble de l'entreprise[2242]. Cela nécessite donc pour les rédacteurs de trouver des points de convergence entre les différentes cultures existantes afin de constituer un socle commun de valeurs fondamentales auxquelles tous les collaborateurs adhéreront et qui constitueront la base du programme de *compliance*[2243].

[2234] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit. ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 171.

[2235] *Ibidem*.

[2236] *Ibid*, pt. 177.

[2237] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 271.

[2238] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[2239] Y. QUEINNEC et W. BOURDON, art. cit.

[2240] C. DARGHAM et M. MARHUENDA, « Campliance and cultural diversity », *RED*, sepembre 2020, n°1, p. 81.

[2241] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 160.

[2242] C. DARGHAM et M. MARHUENDA, art. cit.

[2243] *Ibidem*.

384. Les rédacteurs du code de conduite. La mise en place des codes de conduite s'accompagne du développement d'une nouvelle fonction dans les entreprises, celle du responsable de la conformité ou encore *compliance officer*[2244]. L'Agence française anticorruption précise ainsi que le code doit être préparé conjointement par le responsable de la conformité et les personnes qualifiées de l'entreprise[2245]. Il doit être validé par l'instance dirigeante qui en assure le portage, par exemple en préfaçant son introduction[2246]. Il est essentiel que des juristes soient impliqués dans la rédaction du code de conduite et dans sa mise à jour, dans la mesure où ces documents sont opposables à l'entreprise et peuvent entraîner plusieurs responsabilités[2247].

385. La sanction du code de conduite. La loi Sapin 2 précise que l'entreprise doit mettre en place un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés en cas de violation du code de conduite. Les entreprises peuvent ainsi trancher des litiges avec un salarié ou un partenaire qui contreviendrait à son code de conduite. Pour cela, l'organe institué utilise les normes de ce code qui sont ensuite enrichies par les litiges passés dans une dimension créatrice qui est « *la conséquence mécanique de l'application d'une règle abstraite à un cas concret* »[2248]. À titre d'exemple, le Conseil de Surveillance de Facebook exerce une « *mission juridictionnelle* » en tranchant des litiges en cas de conflit entre des utilisateurs de la plateforme et l'entreprise[2249]. Il exerce ainsi une « *forme d'activité juridictionnelle* » en rendant des décisions auxquelles la charte de règlement du conseil de surveillance de Facebook reconnaît une autorité dans les cas futurs créant un « *système d'autorité de droit* » analysé par Cécile Granier comme une « *jurisprudence des entreprises* »[2250]. Les sanctions prononcées doivent être recensées afin d'identifier leurs causes et d'éviter leur réitération[2251]. La communication, au sein de l'entreprise, des faits constatés et des sanctions prononcées doit toutefois respecter

---

[2244] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 19.

[2245] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 163.

[2246] *Ibidem*, pt. 164.

[2247] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 206.

[2248] Intervention de C. GARNIER, « La jurisprudence des entreprises » lors du colloque « L'Entreprise instituée procureur et juge d'elle-même par le Droit de la Compliance » organisé par le Journal of Régulation & Compliance et le Centre de droit de l'Entreprise de l'Université Lyon 3 sous la responsabilité scientifique de M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, 23 juin 2021.

[2249] Intervention de J. HEYMAN, « La nature juridique de la Cour suprême de Facebook », lors du colloque « L'Entreprise instituée procureur et juge d'elle-même par le Droit de la Compliance » organisé par le Journal of Régulation & Compliance et le Centre de droit de l'Entreprise de l'Université Lyon 3 sous la responsabilité scientifique de M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, 23 juin 2021.

[2250]Intervention de C. GARNIER, « La jurisprudence des entreprises » lors du colloque « L'Entreprise instituée procureur et juge d'elle-même par le Droit de la Compliance » organisé par le Journal of Régulation & Compliance et le Centre de droit de l'Entreprise de l'Université Lyon 3 sous la responsabilité scientifique de M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, 23 juin 2021.

[2251] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 79.

l'anonymat des personnes sanctionnées[2252]. Ces sanctions sont applicables sous réserve que le code respecte des conditions de forme.

b. Les conditions de forme

386. L'accessibilité du code de conduite. La loi Sapin 2 oblige l'intégration du code de conduite au règlement intérieur[2253]. Les dispositions du code de conduite ont, en effet, pour objet de réguler le comportement des salariés, prenant la forme de prescription de comportement à l'intention des salariés[2254], ce qui constitue une expression du pouvoir de direction de l'employeur[2255], contrôlée *a priori* par l'inspection du travail et *a posteriori* par les juridictions sociales sous la qualification du règlement intérieur[2256]. L'article L. 1321-5 du Code du travail dispose ainsi que tous documents émanant de l'employeur et établissant des obligations générales et permanentes relevant du champ d'application du règlement intérieur sont considérés comme une adjonction de celui-ci. Le règlement intérieur fixant les règles relatives à la santé, la sécurité et la discipline, toute disposition figurant dans un code de conduite y ayant trait, se verra appliquer le régime du règlement intérieur.

Les juges ont eu à se prononcer sur la validité des codes de conduite dans des litiges entre salariés et entreprises. Ce fut notamment le cas dans l'affaire Dassault Système dont certaines dispositions du « *Code of Business Conduct* » de l'entreprise ont été qualifiées d'adjonctions au règlement intérieur en raison de leur caractère disciplinaire, par le tribunal de grande instance de Nanterre[2257]. La Cour de cassation a fini par censurer une partie du code qui imposait aux salariés de demander une autorisation préalable à l'utilisation d'informations dont ils pourraient avoir connaissance lors de l'exécution de leur contrat de travail, que ces informations soient confidentielles ou à usage interne[2258]. La Cour de cassation a, en effet, estimé que ces dispositions portaient atteinte à la liberté d'expression du salarié, notamment parce que la nature des informations visées n'était pas suffisamment précise pour apprécier la conformité de cette disposition à l'article L. 1121-1 du Code du travail, ce qui renvoie à l'exigence d'accessibilité des dispositions du code de conduite. Lorsque l'entreprise n'est pas soumise à l'obligation de disposer d'un règlement intérieur, en France ou à l'étranger, le code de conduite est remis aux

---

[2252] *Ibidem*, pt. 80.

[2253] 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 (1), article 17, II, 1°.

[2254] B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La Revue des Sciences de Gestion,* 2008/2, n° 230.

[2255] Circulaire DGT n° 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, p. 3.

[2256] V. REBEYROL, art. cit.

[2257] TGI Nanterre, 19 octobre 2007, *JCP S* 2008, 1071, obs. A. TEISSIER.

[2258] Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191.

membres du personnel ou leur est rendu accessible, selon les modalités déterminées par l'entreprise et dont elle devra conserver la trace[2259].

Le code de conduite peut renvoyer à des fiches « *opérationnelles* » qui, sans faire partie du code lui-même, définissent, sur la base de la cartographie des risques, le détail opérationnel des comportements à respecter afin de maîtriser les situations à risque[2260]. Il importe que l'ensemble de ces documents constituent un ensemble cohérent, clairement articulé et dont la lisibilité et l'accessibilité soient assurées pour l'ensemble des collaborateurs[2261]. Une décision a été rendue dans ce sens en janvier 2020, lorsque le leader français de l'extraction et de la transformation des minéraux Imerys fut invité à comparaître devant la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption pour manquement à la loi Sapin 2 et obligation de mise en conformités par le Président de l'agence française anticorruption au grief notamment que « si la société disposait, à la date du contrôle, d'un projet de code de conduite qui aurait été validé par ses instances dirigeantes et déployé postérieurement, elle n'avait pas inscrit, dans sa feuille de route 2019-2021, la mise à jour de ce code de conduite sur la base de sa cartographie des risques » et que « la société aurait introduit directement dans ses règlements intérieurs, sans les regrouper dans un code de conduite, des éléments et illustrations relatifs à la prévention de la corruption figurant dans d'autres documents concernant ses politiques internes de lutte contre la fraude et la corruption »[2262]. La Commission des sanctions oppose alors que si les dispositions du 1° du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 « ne peuvent être interprétées que strictement »[2263], ces dispositions ne font pas pour autant obstacle à ce qu'une société dispose de plusieurs documents dès lors « qu'ils constituent un ensemble cohérent, clairement articulé et dont la lisibilité par le personnel soit assurée, que chacun des documents qui le compose soit rendu facilement accessible à l'ensemble des salariés, que ces documents mentionnent qu'ils constituent le « code de conduite » exigé par la loi du 9 décembre 2016 et, enfin qu'ils soient annexés, sous une forme adaptée tenant compte, notamment, de leur volume, aux règlements intérieurs des entités françaises » [2264]. Elle relève en revanche que la société Imerys dispose d'un « code de conduite professionnelle et éthique » qui contient une rubrique évoquant la lutte contre la corruption, mais qui, eu égard à son contenu, ne vaut pas code de conduite au sens de la loi du 9 décembre 2016, alors même que ces paragraphes ont été repris pour être intégrés dans les règlements intérieurs de ses entités françaises. Par ailleurs, la société Imerys s'est dotée de documents dans lesquels sont consignés divers programmes de conformité notamment en matière de lutte contre la corruption « où sont recensés, selon ses propres descriptions, les obligations et les droits des salariés et des parties prenantes en la matière, le contenu de sa

[2259] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 168.

[2260] *Ibidem*, pt. 166.

[2261] *Ibid*.

[2262] AFA, Commission des sanctions, Décision n°19-02, 22 janvier 2020, p. 4.

[2263] *Ibidem*, pt. 38.

[2264] *Ibid*, pt. 39.

politique interne et, enfin, des procédures concrètes basées sur des formulaires et des obligations de remontée d'informations (« reporting »). Toutefois, la société ne démontre, ni d'ailleurs n'affirme, que ce programme, qui a été récemment complété par y faire figurer les définitions et les exemples concrets exigés par le 1° du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, ait été introduit dans les règlements intérieurs de ses entités françaises. Dans ces conditions, la circonstance, invoquée lors de l'audience, qu'un lien « hypertexte » du code d'éthique vers ce programme de lutte contre la corruption sera, très prochainement, mis en place n'est pas à elle seule suffisante pour que puisse être regardé comme répondant aux exigences du 1° du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 le choix de la société I. de scinder son code de conduite en deux documents distincts, dont aucun ne répond, à la date où statue la présente commission, aux exigences de cette loi » [2265]. C'est ainsi que la Commission des sanctions « enjoint à la société I. de mentionner, dans son code d'éthique, l'obligation d'élaborer un code de conduite résultant du 1° du II de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, d'y insérer un chapitre autonome structuré selon plusieurs rubriques correspondant aux différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence, dotées de liens avec des éléments précis de son programme interne de lutte contre la corruption, de rendre aisément accessibles ces éléments de son programme interne pour l'ensemble de ses salariés, d'ici le 1er septembre 2020, et de démontrer, à la même échéance, que ce code de conduite a été annexé, dans les règlements intérieurs de ses entités françaises » [2266]. Il est toutefois possible d'intégrer le code de conduite dans un dispositif « d'éthique » au périmètre plus large que la stricte lutte anticorruption, à la condition d'en permettre la parfaite lisibilité dans sa présentation[2267]. Le critère prédominant d'appréciation de la forme du code de conduite est donc son accessibilité, primordiale en raison de la force normative qu'acquière le code de conduite.

B. La force normative du code de conduite

387. La question de la normativité des codes de conduite. Les codes de conduite appartiennent à la catégorie des textes que l'on désigne comme de « *soft law* ». Ceux-ci ont pour caractéristique commune de ne pas être édictée par une autorité législative légitime, autrement dit, de ne pas être le fruit d'un processus classique de création de la norme[2268]. En conséquence, ces textes n'ont pas de portée juridiquement contraignante : la *soft law* « *incite, invite, recommande ou conseil* » [2269] en opposition au droit dur qui commande. Cette absence

---

[2265] *Ibid*, pt. 40.

[2266] *Ibid*, article 3.

[2267] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 167.

[2268] N. MARTIAL-BRAZ, « Propos introductifs », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit,* Économica, Études juridiques, 2000.

[2269] C. THIBIERGE, « Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ*. 2003, p. 599.

de contrainte juridique a d'abord conduit la doctrine à exclure ces textes de l'ordonnancement juridique, associant règle juridique et contrainte. Dans cette conception, la contrainte, qui s'exerce par la sanction d'une autorité publique, devient un critère du droit lui-même[2270]. Néanmoins, une nouvelle réflexion s'est engagée depuis plusieurs années sur la place de ces textes dans notre ordre juridique. L'absence de contrainte rapproche ces textes de la notion d'obligation naturelle, comportant des devoirs moraux non sanctionnés par le droit civil, mais auxquels l'auteur s'oblige par sa conscience et sa volonté[2271]. Elles sont donc exclues des sources du droit formel, mais peuvent être envisagées comme source de droit. Une redéfinition de la notion de norme a été menée, en revenant à l'origine étymologique du mot « norme », *norma*, celui-ci désigne un instrument matériel ou abstrait servant à tracer des lignes de conduite autrement dit un outil qui sert de modèle de comportement[2272]. Dès lors, le critère de la normativité serait la signification de l'énoncé qui impose, permet conseil ou interdit des comportements dans une certaine situation[2273]. Cette définition contemporaine de la norme permet d'englober toutes les règles de conduite, quelle qu'en soit la source[2274]. La contrainte est alors envisagée comme un moyen et non comme une finalité du droit. La fonction du droit est d'organiser la vie des hommes en société, la contrainte n'étant qu'un instrument d'y parvenir.

388. La question de la force normative des codes de conduite. Si ces normes n'ont pas d'effet juridique direct, ce n'est pas pour autant qu'elles n'ont pas de conséquences. Peu alors être introduit la notion de force normative. La force normative de la norme est la force de persuasion de cette norme, constatée par son effectivité[2275]. Une norme sans aucune conséquence n'est qu'une prise de position morale de l'entreprise donc sans force normative. Cette norme ne relèverait que de la morale et non pas du droit. En revanche, la norme qui emporte des conséquences en cas de méconnaissance possède une force de persuasion pour ses destinataires. Cette norme influence le comportement de ses destinataires et par là devient source de droit. Madame le Professeur Catherine Thibierge, propose ainsi de mesurer la force normative à l'aune de trois pôles : la source de la norme, c'est-à-dire la force de l'auteur de la norme ; sa garantie normative, c'est-à-dire son caractère sanctionnable ; et sa portée normative, les effets de la norme[2276]. En ce qui concerne, d'abord, la source de la norme, le caractère autoédicté des normes privées, c'est-à-dire le fait que l'entreprise en soit à la fois l'auteur et l'assujetti semble, pour certains auteurs, la marque d'un manque de légitimité ou de crédibilité de ces normes. En effet, leur contenu relève de l'appréciation souveraine de son auteur qui

---

[2270] C. THIBIERGE, *ibid*.

[2271] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, p. 117 et sv.

[2272] I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées : regard sur une pratique en expansion », *JCPE*, 26 février 2003, n°9, 112.

[2273] B. BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, Harmattan, Le droit aujourd'hui, 2017, p. 57 et sv.

[2274] C. THIBIERGE, art. cit.

[2275] Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Revue des sociétés* 2011, p. 395.

[2276] N. MARTIAL-BRAZ, préc.

écarterait systématiquement certaines questions que les entreprises jugeraient trop contraignantes[2277]. Pourtant, certains auteurs, tel que Madame Donzel-Taboucou, défendent l'idée selon laquelle la technique normative ne se réduit pas à une relation de subordination dans laquelle un individu, dans une position supérieure, commande les autres[2278]. L'homme bénéficierait, en effet, de la faculté de cumuler la position de dirigeant et de dirigé, permettant une direction autonome. S'il est vrai, par ailleurs, que ces normes privées ne disposent pas d'une légitimité institutionnelle, elles bénéficient néanmoins d'une légitimité professionnelle auprès de ceux qui doivent les appliquer[2279]. Étant en effet, établies par les acteurs du marché eux-mêmes, elles sont considérées par ceux-ci comme mieux adaptées à leurs besoins et donc plus efficaces. Quoiqu'il en soit, la source privée de ces engagements ne leur confère pas une grande force normative. En ce qui concerne, ensuite, la potée normative, celle-ci peut être restreinte à l'auteur de la norme ou s'étendre à ses partenaires économiques. Les donneurs d'ordres vont ainsi pouvoir imposer contractuellement aux sous-traitants le respect des principes contenus dans leur code de conduite, participant à l'exportation, dans les pays en développement, de principes fondamentaux acquis dans les pays développés et concours donc à une uniformisation mondiale du droit. En ce qui concerne, enfin, la garantie normative, celle-ci apparaît comme l'élément le plus fluctuant, mais également le plus déterminant de la force normative. Une graduation de la force normative de ces normes peut être établit allant d'une normativité quasi nulle, pour les normes privées dont la méconnaissance n'entraîne aucune conséquence et relevant d'engagements moraux de l'entreprise, passant par une normativité incertaine pour les normes privées qui entraînent des conséquences économiques pour aboutir à une normativité forte pour les normes privées qui connaissent des conséquences juridiques affluant à la frontière entre *soft law* et *hard law.* La question de la force normative des codes de conduite pour l'entreprise **(1)** et pour ses partenaires économiques **(2)** peut ainsi être posée.

1. La force normative du code de conduite pour l'entreprise

389. La force normative du code de conduite pour l'entreprise. Les dispositions du code peuvent être juridicisées par référence à des concepts juridiques préexistants grâce à une requalification opérée par le juge **(a)** ou grâce à des « *notions standard qui constituent des piliers du droit* »[2280] **(b)**.

a. Les effets juridiques des codes de conduite par la qualification du juge

390. Le code de conduite source d'obligation naturelle. Le Code civil ne délivre aucune définition de l'obligation naturelle, mais fait référence à ses effets. En 1804, seul l'alinéa 2 de

[2277] I. DESBARATS, art. cit.

[2278] C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe « appliquer ou expliquer » en France ou le droit à l'auto-édiction normative », *Rev. sociétés*, 2015, p. 347.

[2279] C. THIBIERGE, art. cit.

[2280] G. FARJAT, *op. cit*., p. 117.

l'article 1235 du Code civil faisait référence à l'obligation naturelle en disposant que « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Cet article, dont le contenu est repris quasiment à l'identique dans le nouvel article 1302[2281], reconnaît l'efficacité du paiement volontaire de l'obligation naturelle, d'une part, et conduit à définir l'obligation naturelle comme une exécution volontaire, d'autre part[2282]. Cette nature volontaire permet de distinguer l'obligation naturelle de l'obligation civile en ce que la première est dépourvue de sanctions. Le créancier ne dispose donc d'aucun moyen de contrainte sur son débiteur, ce qui le « *réduit à attendre un paiement volontaire* »[2283].

Une assimilation progressive de l'obligation naturelle en un devoir moral a émergé dans la jurisprudence et la doctrine. L'obligation naturelle devient « *l'expression d'un devoir de conscience reconnu par le juge quand il lui faut apprécier le caractère et la valeur d'un acte fait par une personne* »[2284]. Le doyen Georges Ripert est venu préciser que l'obligation naturelle née de la reconnaissance par le débiteur de son devoir moral confère à une obligation née à l'état naturelle un caractère civil[2285]. Cette solution est consacrée par la réforme du droit des obligations de 2016 qui introduit un article 1100 disposant que la promesse d'exécution « d'un devoir de conscience envers autrui » est source d'obligation juridique. En d'autres termes, « *la promesse d'exécution d'un devoir de conscience, c'est-à-dire d'une obligation naturelle, donne naissance à une obligation civile* »[2286]. Ce « *devoir de conscience* » consacre la conception moderne de l'obligation naturelle[2287] qui devient source d'obligations en cas de promesse d'exécution ou d'exécution volontaire, transformant l'obligation naturelle en obligation civile. Encore faut-il déterminer ce qui relève du devoir de conscience envers autrui. Ce pourrait être des obligations relevant de la morale, de l'honneur ou de la conscience[2288]. Il suffit donc que ce devoir de conscience soit « *fécondé* »[2289] par un engagement unilatéral de volonté[2290] pour acquérir force civile. Cette solution est retenue par la Cour de cassation depuis 1995 : « la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle »[2291]. Cette théorie appliquée au code de conduite en fait le support de l'obligation naturelle de son auteur. L'entreprise émettrice de cet engagement

---

[2281] Article 1302 du Code civil : « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

[2282] R. BOUT et P. STOFFEL-MUNCK, « Obligation naturelle », Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2018, pt. 22.

[2283] *Ibidem*.

[2284] *Ibid*.

[2285] *Ibid*, pt. 24.

[2286] F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis, 2018, p. 100.

[2287] F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, Innovations, Perspectives*, Dalloz, 2016, p. 10 et sv. , ; D. MAINGUY, « La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Teutates consommation et du marché*, 2016, p. 32, disponible en ligne.

[2288] *Ibidem*.

[2289] R. BOUT et P. STOFFEL-MUNCK, préc., pt. 28.

[2290] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 98.

[2291] Cass. civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 93-20.300 ; Cass. civ. 1re, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. civ. I, n° 4 ; *D*. 2005. 1393, note G. LOISEAU ; *RTD civ*. 2005. 397, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10159, note M. MEKKI ; *JCP N* 2005. 1509.

se reconnaît titulaire d'un devoir de conscience, obligation naturelle, qu'elle s'engage publiquement à exécuter. Le code de conduite de l'entreprise devrait donc être apte à transformer l'obligation naturelle qui émane de l'entreprise en une obligation civile, à ceci près que l'obligation naturelle semble traditionnellement réservée au paiement d'une somme d'argent[2292]. Une extension du champ d'application de l'obligation naturelle par la Cour de cassation permet toutefois d'envisager sérieusement l'appréhension des codes de conduite de l'entreprise sur ce fondement. Dans un arrêt de 2007[2293], la Cour affirme ainsi « qu'en s'engageant, fût-ce moralement, " à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable ». En ces termes, la Cour de cassation semble reconnaître implicitement l'existence d'une obligation naturelle dans l'engagement moral de l'entreprise[2294].

Cette réception par le juge reste pourtant incertaine[2295]. La réforme, en effet, ne dit rien sur les conditions de reconnaissance de l'engagement unilatéral[2296]. En principe, l'engagement unilatéral de volonté nécessite l'expression d'une « *volonté précise et dépourvue d'ambiguïté* »[2297]. Le juge pourrait même exiger de démontrer la volonté de son auteur de produire des effets de droit[2298]. Volonté de l'auteur de l'acte largement discutée en ce qui concerne les engagements éthiques des entreprises. Une partie de la doctrine désigne ces engagements comme des subterfuges, outils marketing, faisant miroiter un comportement vertueux quand le choix même du support de ces engagements conduit à dénuder les promesses de toutes conséquences[2299]. De plus, un certain nombre de ces engagements abordent des sujets très divers selon des formulations larges et imprécises donnant « *l'image d'un engagement illusoire* »[2300]. À défaut de certitude d'une volonté réelle, il s'agit du moins d'une volonté déclarée[2301]. Dans la forme en effet, l'engagement éthique constitue en apparence une déclaration d'intention de laquelle le juge pourrait tirer des conséquences[2302]. La réception par le juge de tels engagements dans le champ de l'obligation naturelle et donc sur le fondement de

---

[2292] *Ibidem* ; Cass. civ. 1re 17 octobre 2012, n ° 11- 20.124, Juris-Data n ° 2012-023255, *JCP E* 2013, 1019, note S. LE-GAC-PECH ; *LPA*, 21 mars 2013, n ° 58, p. 9, note Y. GUENZOUI ; *D*. 2013, 411, note G. PIGNARRE ; *Gaz. Pal*., 23 janvier 2013, n ° 23-24, p. 18, note D. HOUTCIEFF.

[2293] Cass. com. 23 janvier 2007, n ° 05- 13.189, Bull. civ. IV, n ° 12, p. 13 ; *D.* 2007, 442, obs. X. DELPECH ; *RTD civ*. 2007, 340, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RDC* 2007, 697, obs. Y.-M. LAITHIER.

[2294] M. LAROUER, *op. cit.,* p.117.

[2295] *Ibidem*, p.119

[2296] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 100 ; J.-L. AUBERT et S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2018, pt. 36.

[2297] J.-L. AUBERT et S. GAUDEMET, préc., pt. 33.

[2298] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 100.

[2299] B. PEREIRA, art. cit.

[2300] *Ibidem*.

[2301] M. LAROUER, *op. cit.,* p.117 et sv.

[2302] D. MAINGUY, préc., p. 32.

ce nouvel article 1100 ne semble pas assurée[2303]. Qu'en est-il à l'aune du droit de la consommation ?

391. Le code de conduite, source de pratiques trompeuses. Ces engagements peuvent s'avérer trompeurs pour le consommateur qui peut interpréter la signalisation d'un effort éthique comme une indication de qualité supérieure de l'offre commerciale[2304]. La relation escomptée entre effort éthique et qualité n'est pourtant pas d'évidence. À titre d'exemple, l'amélioration du bien-être animal des poules élevées en plein air cause une diminution contre-intuitive de la qualité organoleptique des œufs par rapport aux poules élevées en batterie, puisque l'alimentation est moins contrôlée. Or, le différentiel de prix entre les poules élevées en batterie et celles élevées en plein air, lié à l'amélioration du bien-être animal, est consenti par l'attente d'une qualité supérieure[2305]. Plus grave encore, l'entreprise peut tenter d'étendre son marché en se présentant comme un ami de l'environnement ou un leader dans le combat pour éradiquer la pauvreté alors qu'il n'en est rien. Ces engagements éthiques de façade, désignés sous le terme de « Fairwashing » ou « Greenwashing », pourraient être appréhendés par le droit de la consommation. Ce fut le cas pour la première fois aux États-Unis dans les années 2000 lors de l'affaire Nike, lorsque la société mise sous pression par les médias et l'opinion publique a imposé un code de conduite à ses sous-traitants en Inde, en Chine, en Indonésie, au Vietnam, aux Philippines, etc[2306]. Ceux-ci étaient, en outre, soumis à des contrôles effectués par les services d'inspection de la firme ou par des auditeurs commandités à cet effet[2307]. Ces contrôles ayant été effectués de manière laxiste et alors que plusieurs enquêtes démontraient que les conditions de travail demeuraient déplorables, Nike a été assigné par M. Kasky, un citoyen de Californie en publicité mensongère et finie par être sanctionnée par la Cour suprême de Californie dans un arrêt de mai 2002[2308].

Le droit européen envisage également les codes de conduite comme des pratiques pouvant être déloyales vis-à-vis du consommateur. La directive relative aux pratiques commerciales déloyales[2309] range ainsi, parmi les pratiques commerciales trompeuses, les manquements à un

---

[2303] M. LAROUER, *op. cit.,* p.117 et sv.

[2304] P. ROBERT-DEMONTROND, « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives », *in* A. LE FLANCHEC, M. DOUCIN, O. UZAN (dir.), *Responsabilité social de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Économica, Gestion, 2012, p. 57-61.

[2305] *Ibidem*.

[2306] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 17-48.

[2307] *Ibidem*.

[2308] Kasky c/ Nike (2002), 27 Cal. 4th 939 (n° S087859, 2 mai 2002).

[2309] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, pt. 5 : est considérée comme pratique commerciale déloyale lorsqu'« elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

code de conduite. Ce dernier y est d'ailleurs défini comme « un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposées par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité »[2310]. La pratique commerciale qui « amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »[2311] est réputée trompeuse. C'est à ce titre que les manquements aux codes de conduite sont des pratiques réputées trompeuses à une double condition « que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables » et « que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code »[2312]. Les formulations générales employées habituellement dans les codes de conduite conduisent néanmoins, à limiter l'appréhension de ces normes par les dispositions en matière de pratiques commerciales trompeuses[2313]. L'élément factuel de la violation des codes peut également constituer un obstacle à la qualification, la preuve de la violation des engagements du code par l'entreprise étant difficile à rapporter notamment dans l'espace transnational[2314]. Le classement sans suites des affaires Auchan et Samsung par la justice française alors que ces deux entreprises n'avaient pas respecté leur engagement éthique démontre la difficile appréhension des engagements éthiques sous ce fondement[2315]. Le 24 avril 2014, les associations Sherpa, Peuples solidaires-Actions Aid France et le collectif Éthique ont porté plainte contre Auchan sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses. Dans cette affaire, les organisations non-gouvernementales accusent Auchan de tromper les consommateurs en prétendant contrôler les conditions de fabrication de ses produits alors que ces derniers étaient conçus dans l'immeuble du Rana Plaza qui s'est effondré au Bangladesh. Le parquet a classé sans suite les plaintes pour défaut de preuve suffisante[2316]. Une plainte a également été déposée pour publicité trompeuse contre Samsung France par Sherpa, Peuples solidaires-Actions Aid France et Indecosa CGT le 26 février 2013. Les organisations non-gouvernementales accusent Samsung de méconnaître les engagements éthiques de son propre code de conduite en entretenant des relations commerciales avec des fournisseurs chinois qui imposent des conditions de travail indignes à leurs salariés[2317]. La plainte a été, encore une fois, classée sans suite, l'enquête s'étant limitée au territoire français. L'association Sherpa déplore une difficulté de collecte des preuves avec des moyens d'enquête du parquet insuffisant, mais également un rapport de force infiniment inégale face aux multinationales[2318]. L'absence de transposition de l'hypothèse de la violation des engagements de codes en droit interne rend d'autant plus difficile l'appréhension des

[2310] *Ibidem*, article 2. f.
[2311] *Ibid*, pt. 6.
[2312] *Ibid*, article 6, al. 2, b.
[2313] M. LAROUER, *op. cit.,* p.117 et sv.
[2314] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 208 et sv.
[2315] N. CUZACQ, art. cit.
[2316] SHERPA, « Classement sans suite des plaintes contre Samsung et Auchan », Communiqué du 21 janvier 2015.
[2317]https://www.asso-sherpa.org/conditions-de-travail-indignes-sherpa-et-ses-partenaires-portent-plainte-contre-samsung-pour-publicite-trompeuse.
[2318] https://www.asso-sherpa.org/auchan-le-rana-plaza-des-pratiques-commerciales-trompeuses.

engagements éthiques sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses[2319]. Afin de condamner un tel manquement sur ce fondement, il faut donc confronter les engagements éthiques aux conditions de qualification fixées par l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Le manquement à l'engagement éthique pourrait être assimilé à « des allégations ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur » et porter sur « les caractéristiques essentielles du bien ou du service » et notamment sur « ses qualités substantielles », celles-ci pouvant s'entendre du caractère écologique ou socialement éthique des produits ou services[2320]. La Commission européenne avait précisé que la responsabilité sociale n'entrait dans le champ de la directive que si le professionnel faisait état « dans son matériel promotionnel d'un lien spécifique entre son produit et ses actions dans ces domaines »[2321]. L'entreprise utilise précisément l'engagement éthique à des fins économiques comme objet de séduction des parties prenantes et notamment des consommateurs, justifiant ainsi sa pleine entrée dans le champ d'application de la directive. Si à ce jour aucun engagement éthique n'a été sanctionné sur ce fondement en France, la donne pourrait bien changer. Suite à une nouvelle plainte déposée en juin 2018 par les organisations non-gouvernementales Sherpa et Actionaid-Peuple solidaires, la société Sumsung a, en effet, été mise en examen en juin 2018 pour le non-respect des engagements éthiques publiés sur son site internet. Cette mise en examen laisse présager, pour la première fois en France, la sanction de l'émetteur d'engagements éthique pour pratiques commerciales trompeuses[2322]. La responsabilité encourue est alors pénale. Outre le prononcé d'une peine d'amende[2323], le juge peut ordonner à l'auteur de la pratique trompeuse la diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives dénonçant le caractère trompeur du message concerné[2324]. La loi du 3 janvier 2008 apporte une protection supplémentaire au consommateur puisqu'elle permet au juge de « relever d'office les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »[2325]. En 2021, la plainte contre Samsung a finalement été jugée irrecevable en appel au motif que les organisations non-gouvernementales ne disposaient pas de l'agrément pour agir en justice contre des pratiques commerciales trompeuses[2326]. La réception des engagements éthiques par la qualification du juge, bien que juridiquement possible, reste donc lettre morte dans la pratique. Qu'en est-il de leur réception via les standards juridiques ?

[2319] Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ; M. LAROUER, *op. cit.,* p. 208 et sv.

[2320] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 208 et sv.

[2321] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis- à- vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/ 450/ CEE, 97/ 7/ CE et 98/ 27/ CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), COM(2003) 356 final, 18 juin 2003, v. Exposé des motifs, pt. 68.

[2322]https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/samsung-france-mis-en-examen-pour-pratiques-commerciales-trompeuses-1035324.

[2323] Article L. 121- 6 du Code de la consommation.

[2324] Article L. 121- 4 du Code la consommation.

[2325] Article L. 141- 4 du Code de la consommation.

[2326] SHERPA, « Affaire Samsung et pratiques commerciales trompeuses : l'irrecevabilité de l'action des ONG confirmée », 30 mars 2022, disponible en ligne.

b. Les effets juridiques des codes de conduite par la technique des standards

392. L'effet normalisant du code de conduite. Le standard est un « *instrument normatif de mesure de comportements au service du juge* »[2327] que le contenu des codes de conduite vient nourrir[2328]. Les standards sont, en effet, des « *catégories vides au départ de tout contenu juridique et que les sujets de droit ou le juge sont invités à remplir en fonction de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas* »[2329]. Le code de conduite en ce qu'il permet de déterminer le comportement normal, est un modèle à reproduire pour l'entreprise[2330]. Il sert ainsi d'élément d'interprétation du standard pour le juge, remplissant son « *vide* » et constituant la norme de comportement auquel le juge peut recourir pour apprécier le comportement de l'entreprise émettrice[2331]. Les standards classiques du droit, et notamment ceux à connotation morale comme la bonne foi, les bonnes mœurs et la faute, pourraient ainsi conduire le juge à conférer des effets juridiques aux engagements éthiques[2332]. Le juge pourrait ainsi apprécier la bonne foi de l'entreprise en confrontant les engagements éthiques, diffusés publiquement sur internet et propres à faire croire au public qu'ils sont source d'une véritable obligation juridique, et le comportement effectif de leur auteur en renvoyant à la notion d'apparence trompeuse[2333]. En déterminant le comportement moral que doit adopter l'entreprise, l'engagement éthique vient également s'insérer dans le standard des bonnes mœurs. Les bonnes mœurs « *correspondent à une morale sociale du comportement extérieur* »,[2334] mais « *c'est aussi la morale des affaires* »[2335] dont le contenu est déterminé par le juge. La disparition de la notion dans le Code civil depuis la réforme des obligations du 10 février 2016 laisse néanmoins penser à « *un recul de la mobilisation de la notion* »[2336], et l'invocation de la faute est privilégiée.

393. L'appréciation de la faute. La faute est, d'après le Professeur Deumier, « *l'un des outils les plus accueillants pour le droit souple* » grâce à sa flexibilité[2337]. L'appréciation de la faute se fait en effet *in abstracto*, en comparaison de ce qu'aurait fait l'homme « *raisonnable placé dans la même situation* »[2338]. Les codes de conduite, en ce qu'ils constituent des modèles

---

[2327] S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, 1003, p. 1663, spéc. n ° 4, p. 1664.

[2328] M. LAROUER, *op. cit.,* p.124.

[2329] D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », *in* J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, R. DRAÏ, A. KREMER-MARIETTI (dir.), *Le droit en procès*, PUF, p. 65.

[2330] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 125.

[2331] *Ibidem*, p. 126.

[2332] I. DESBARATS, art. cit.

[2333] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 129.

[2334] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 575.

[2335] *Ibidem*, p. 579.

[2336] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 131.

[2337] P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *in Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII/ Boulogne- sur- Mer, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Association Henri Capitant, 2009, p. 122.

[2338] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 785.

de comportement, peuvent ainsi servir de référence au juge pour apprécier le comportement de l'entreprise émettrice. Tel fut le cas dans l'affaire Érika.

Dans cette affaire, le tribunal de grande instance de Paris[2339], confirmé par la Cour d'appel de Paris[2340], retient la responsabilité pénale de la société Total sur le fondement du délit de pollution des mers pour avoir commis une faute caractérisée par le manquement à son engagement volontaire de contrôle de l'état des navires. Ce délit est réprimé par la Convention de Bruxelles[2341] qui prévoit la responsabilité du « *capitaine ou le responsable de la conduite ou de l'exploitation à bord, ou leur propriétaire, l'exploitant ou leur représentant légal ou dirigeant de fait s'il s'agit d'une personne morale, ou toute autre personne que le capitaine ou responsable à bord exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire, qui, par sa faute a provoqué involontairement un accident de mer à l'origine d'une pollution, ou a omis de prendre les mesures pour l'éviter* »[2342]. L'imputation matérielle du délit à la société Total nécessitait donc de démontrer que Total exerçait, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire. Pour cela, les juges se sont appuyés sur un document contractuel appelé « charte-partie » conclu entre la société chargée de la location de l'Erika et une filiale de la société Total. Ce document confère à la compagnie pétrolière un droit de regard sur la marche des navires qui consiste en une inspection externe du navire réalisée par la société Total et qui se superpose aux contrôles effectués par l'État ou par la société de classification. Cette pratique, appelée « *vetting* », n'est imposée par aucun texte, il s'agit d'une pratique spontanée des groupes pétroliers initiée par la Shell suite au naufrage de l'Amoco-Cadiz dont elle était l'affréteuse et qui a pour objet de renforcer la sécurité des navires et, en cas d'accident, d'échapper à une recherche de responsabilité pour faute. Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi considéré que, par son initiative, la société Total a acquis un pouvoir de direction et de contrôle sur la gestion et la marche de l'Erika en précisant que la faute n'ayant pas à être la cause directe et immédiate de l'accident, il n'est ainsi pas nécessaire que les pouvoirs de contrôle et de direction soient exercés à bords du navire[2343]. En donnant un effet juridique à cet engagement, le juge permet une responsabilisation des groupes pétroliers qui, pour se prémunir contre tout risque, n'ont plus été propriétaires des navires transportant leur cargaison à compter des premières marées noires, tout en conservant un droit de regard sur les navires qu'ils affrètent. Pour cela, elles ont eu recours à des montages de société permettant de cloisonner les risques et du même coup de cloisonner les responsabilités : « *diviser pour mieux polluer en toute impunité* »[2344]. Après avoir constaté que la filiale Total ayant conclu la charte-partie était « *une coquille*

[2339] Tribunal correctionnel de Paris, 16 janvier 2008, *JCP* 2008, II, 10053.

[2340] CA Paris, 30 mars 2010, *JCP* 2010, I, 432.

[2341] Article 8 de la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer.

[2342] K. LE COUVIOUR, « Catastrophe de l'Erika : premiers commentaires d'un jugement déjà exemplaire. À propos du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 janvier 2008 », *JCP E* 6 Février 2008, n° 6, act. 88.

[2343] *Ibidem*.

[2344] L. NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *D.* 2010, p. 2238.

vide »[2345] n'ayant ni effectifs ni locaux ni d'autonomie juridique ou financière, les juges imputent la responsabilité pénale à Total SA qui était le réel bénéficiaire de la Charte-partie[2346]. Ce contrat mettait ainsi à la charge du capitaine du navire, nombre d'obligations dont la société mère Total, bien que tiers à la convention, était le bénéficiaire, permettant à Total « *de vérifier le soin et la diligence avec lesquels la cargaison était transportée, la capacité du navire et de l'équipage à réaliser le voyage envisagé* »[2347]. Ainsi, « *en choisissant de condamner pénalement la société Total SA, le tribunal rétablit donc un ordre de responsabilité qui tient compte du jeu de déplacement de pouvoirs qui s'est opéré* »[2348]. Encore faut-il rapporter la preuve d'une faute commise par la société.

C'est une faute pénale d'imprudence qui est caractérisée par les juges du fond. Aux termes de l'article L. 218-22 ancien du Code de l'environnement, le délit de pollution maritime suppose une « imprudence, négligence ou inobservation des lois et règlements » à l'origine de l'accident de mer. S'agissant d'un délit non intentionnel, les juges ont dû faire application de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, qui subordonne la culpabilité de l'auteur indirect du dommage à la preuve d'une faute caractérisée de sa part, notamment celle qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer[2349]. Pour la Cour d'appel de Paris, si une inspection de l'Erika avait été réalisée fin 1999, conformément à l'engagement volontaire de *vetting* de Total, elle aurait dû révéler « l'inaptitude du pétrolier à naviguer en Atlantique en période de tempêtes »[2350]. Les juges du fond ont ainsi constaté que Total avait manqué à son obligation de *vetting* et d'en conclure qu'« *en s'affranchissant des règles relatives à la fréquence des inspections vetting, [Total] a commis une imprudence qui a permis que l'Erika navigue (...) par un temps très dur, ce qui a contribué à créer une situation ayant permis le naufrage et la pollution qui s'en est suivie* »[2351]. La Cour d'appel impute donc à Total une faute caractérisée, de celle « *qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité* »[2352]. Le raisonnement de la Cour d'appel quant à la reconnaissance de la culpabilité de Total transforme l'engagement contenu dans la Charte-partie de Total de procéder à un contrôle renforcé des navires en une obligation juridique contraignante source de responsabilité pénale. « *Un tel engagement, comme la procédure de vetting de l'arrêt commenté, constitue donc une " norme de comportement, un standard " utilisé par le juge pénal pour évaluer le caractère fautif ou non des agissements du prévenu, à l'image du standard bien connu du bon père de famille* »[2353]. Le juge apprécie donc la responsabilité de Total sur la base du comportement normalement diligent que Total aurait dû adopter conformément à son engagement contractuel qui devient

[2345] *Ibidem*.
[2346] *Ibid*.
[2347] *Ibid.*
[2348] K. LE COUVIOUR, art. cit.
[2349] L. NEYRET, art. cit.
[2350] *Ibidem*.
[2351] *Ibid*.
[2352] *Ibid.*
[2353] *Ibid.*

un standard de comportement. Le juge procède ainsi à une extension de la responsabilité pénale de l'entreprise sur le fondement du délit pour faute d'imprudence.

Si les juges du fond ont reconnu la responsabilité pénale de Total, la Cour d'appel infirme le jugement de première instance en retenant que Total n'a pas à répondre civilement des dommages consécutifs au naufrage de l'Erika. La Cour d'appel qualifie, en effet, la compagnie pétrolière d'affréteur du navire, lui permettant de bénéficier du principe d'immunité issu du régime spécial de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 27 novembre 1992 qui canalise la responsabilité sur le propriétaire du navire[2354]. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 25 septembre 2012[2355], censure la Cour d'appel sur ce point en considérant que si la Convention consacre l'immunité de l'affréteur, le bénéfice de l'immunité ne tient cependant plus lorsque le dommage de pollution résulte de « leur fait ou de leur omission personnelle [...] commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement »[2356]. La Chambre criminelle estime ainsi que l'affréteur de fait, Total SA, a commis une « faute de témérité » de nature à le déchoir de l'immunité en s'abstenant de procéder, conformément à son obligation de *vetting*, à une nouvelle inspection qui aurait nécessairement révéler l'inaptitude de l'Érika à la navigation en raison de sa vétusté et du non-renouvellement de son certificat de navigation[2357]. En s'abstenant d'y procéder, alors qu'elle « avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution »[2358], la société Total SA a commis une faute d'imprudence à l'origine de la pollution[2359]. Le code est ainsi appréhendé par le juge pour définir un modèle de standard de comportement à l'aune duquel la faute de la société peut être caractérisée. Qu'en est-il de la force obligatoire des codes de conduite pour les parties prenantes de l'entreprise ?

2. La force obligatoire du code de conduite pour les parties prenantes de l'entreprise

394. La force obligatoire du code de conduite pour les parties prenantes de l'entreprise. L'internalisation de la *compliance* dans l'organisation structurelle de l'entreprise,

---

[2354] Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Conclue à Bruxelles le 29 novembre 1969, 0.814.291, article III.

[2355] Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *AJ Pénal* 2012, p. 574, note A. MONTAS et G. ROUSSEL ; *Gaz. Pal*. 2012, n° 298-299, p. 8-11, note B. PARANCE ; *D.* 2012, n° 38, p. 2557-2566, obs. F. G. TREBULLE ; *D*. 2012, n° 40, p. 2711-2716, note P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, n° 47, p. 2095-2099, note K. LE COUVIOUR ; *AJDP* 2012, n° 11, p. 574-578, G. ROUSSEL, A. MONTAS ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 333-334, p. 18-19, note M. MEKKI ; *RLDC* 2013, n° 102, p. 19-24, note M. BARY ; *Rev. sociétés* 2013, n° 2, p. 110-116, note J.-H. ROBERT ; *AFDI* 2013, n° 59, p. 597-598, note J. CAZALA, A. LEMARIE, L. TRIGEAUD ; *RLDA* 2013, n° 78, p. 59-60, note M.-H. GOZZI ; *RLDA* 2013, n° 78, p. 60-63, note M.-P. BLIN-FRANCHOMME ; *RTD civ*. 2013, n° 1, p. 119-123, note P. JOURDAIN.

[2356] Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Conclue à Bruxelles le 29 novembre 1969, 0.814.291, article III. 4 et V. 2.

[2357] A. MONTAS et G. ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika, Commentaire de l'arrêt Crim. 25 septembre 2012, n°10-82.938, Erika », *AJ Pénal* 2012, p. 574.

[2358] Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

[2359] A. MONTAS et G. ROUSSEL, art. cit.

nécessite que celle-ci sanctionne en son sein les contrevenants au code de conduite[2360]**(a)**. Lorsque cet office s'applique aux cocontractants, l'entreprise exerce sur des tiers un pouvoir de juger et punir[2361]**(b)**. L'entreprise devient ainsi dotée d'un pouvoir, à portée mondiale, de punir[2362].

a. La force obligatoire du code de conduite pour les salariés

395. Le pouvoir juridictionnel de l'entreprise. Afin de prévenir « *certains comportements délétères ou pour atteindre certains buts monumentaux* », il est requis que l'entreprise sanctionne en son sein les contrevenants au code de conduite[2363]. La loi Sapin 2 précise ainsi que l'entreprise doit prévoir « un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société »[2364]. L'Agence française anticorruption précise, par ailleurs, que le code de conduite est applicable et opposable à l'ensemble des personnels de l'entreprise partout où l'entreprise exerce une activité, y compris à l'étranger[2365]. Ce pouvoir disciplinaire fait de l'entreprise un « *régulateur de second niveau* »[2366], voire même, la place « *en position de juge, c'est-à-dire en position de trancher un litige à l'aide d'un corpus identifié de règles* »[2367]. Le Conseil de surveillance de Facebook par exemple, a vocation à confirmer ou infirmer une décision de retrait d'un contenu contesté par un utilisateur d'une plateforme gérée par l'entreprise. Madame Cécile Granier se demande ainsi « *si l'entreprise exerce dans certaines occurrences une fonction de juge et en adopte le positionnement, n'a-t-elle dès lors pas vocation à produire de la jurisprudence ?* » [2368] Ce pouvoir est toutefois utilisé avec parcimonie par l'entreprise susceptible de devenir un « *jugeant-jugé* »[2369]. Il est, en réalité, étroitement encadré.

396. Les conditions de la force obligatoire des dispositions du code pour les salariés. Selon certaines études, près de vingt-cinq pour cent des entreprises ne prendraient aucune

---

[2360] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 6.

[2361] *Ibidem*.

[2362] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.

[2363] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », art. cit.

[2364] 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 (1), article 17, II, 7°.

[2365] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 160.

[2366] *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, préc.

[2367] C. GRANIER, « Réflexions sur l'existence d'une jurisprudence d'entreprise », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 81-97.

[2368] *Ibidem*.

[2369] A. BRUNEAU, « L'entreprise juge d'elle-même : la fonction compliance dans la banque », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 115-133.

mesure suite à la détection d'un acte frauduleux, y compris le licenciement du salarié impliqué[2370]. La complexité, le coût des procédures judiciaires, le taux d'appel élevé ainsi que la publicité afférente, peuvent sans doute venir expliquer ce chiffre de premier abord surprenant[2371]. Monsieur Coulon, directeur juridique et conformité de la société Bouygues Construction déplore notamment « *être abandonné par le juge* » lorsque les règles de conformité du groupe lui imposent de prendre des sanctions, mais qu'il se trouve confronté à un non-lieu devant le tribunal[2372]. « *Les faits sont accablants, et éthiquement on n'arrive pas à saisir le message envoyé par les juridictions* », regrette le directeur juridique[2373]. En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 2021 juge non justifié le licenciement d'un salarié au motif qu'il a organisé une réunion de médecins en violation des règles en matière d'invitations et signé un contrat sans respect des procédures d'autorisation et d'engagement internes. Dans cette affaire, l'entreprise rappelle pourtant que le salarié avait connaissance des règles applicables en raison des formations *compliance*[2374]. La Cour a toutefois estimé, suite « à un examen rigoureux des documents produits afin de vérifier la précision des règles définies par l'entreprise et la preuve de leur transmission et de leur connaissance par le salarié »[2375], que le licenciement n'est pas justifié, car l'entreprise n'établit pas que le salarié avait conscience de ces règles ni qu'il avait la volonté de frauder[2376]. Il revient donc au juge d'apprécier et de vérifier l'information reçue par le salarié.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé, en revanche, qu'un cadre qui avait suivi une formation *compliance* formalisée par l'obtention d'un certificat de réussite, attesté avoir lu le code de déontologie de l'entreprise et s'engageant à le respecter de façon non équivoque commettait une faute grave en contractant au nom de son employeur avec un intermédiaire dont le recours était prohibé par ledit code[2377]. La Cour d'appel d'Angers a également retenu la caractérisation d'une faute grave pour le salarié qui accepte des cadeaux d'un montant important d'un fournisseur, dès lors que contrevient aux règles internes en vigueur et que l'entreprise justifie de la parfaite connaissance par le salarié des exigences d'intégrité en vigueur au sein de l'entreprise[2378]. Une telle preuve pouvait se déduire, en l'espèce, du fait que le salarié avait participé à de nombreuses formations sur l'éthique, la déontologie et la lutte contre la corruption, et que les règles internes avaient été largement rappelées dans plusieurs documents internes diffusés aux salariés et exploités dans le cadre des formations[2379]. L'information du salarié conditionne donc l'opposabilité des règles du code de conduite en cas de procédure disciplinaire à son encontre. La traçabilité de cette information s'avère

[2370] F. CORDEL, *op. cit*., p. 147 et sv.
[2371] *Ibidem*.
[2372] L. BRASSAC, art. cit.
[2373] *Ibidem*.
[2374] CA Paris, Pôle 6 - chambre 11, 1er juin 2021, 19/06021.
[2375] S. SFOGGIA et A. BOUSQUET, « Sanction disciplinaire et connaissance par le salarié des règles éthiques internes », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, août 2021, n°4, p. 28.
[2376] CA Paris, Pôle 6 - chambre 11, 1er juin 2021, 19/06021.
[2377] CA Aix en Provence, 9e chambre B, 28 avril 2017, 14/19465 ; S. SFOGGIA et A. BOUSQUET, art. cit.
[2378] CA Angers, ch. soc., 29 mai 2020,18/00395.
[2379] CA Aix en Provence, 9e chambre B, 28 avril 2017, 14/19465 ; S. SFOGGIA et A. BOUSQUET, art. cit.

indispensable, le doute profitant toujours au salarié au regard des différents arrêts précités. Qu'en est-il de l'opposabilité du code de conduite aux partenaires économiques ?

b. La force obligatoire du code de conduite pour les partenaires économiques

397. L'extension des codes de conduite à la « sphère d'influence »[2380] de l'entreprise. L'extension des codes de conduite à la « sphère d'influence » de l'entreprise s'explique pour plusieurs raisons. D'abord, les partenaires véhiculent l'image de l'entreprise et toute pratique inadéquate du partenaire impact nécessairement l'entreprise[2381]. Le recours à des partenaires économiques établis dans des pays aux législations moins rigoureuses en matière de droit de l'homme ou de l'environnement entraîne, par ailleurs, un risque croissant pour les groupes transnationaux soumis à des lois plus sévères et à un marché sensible à ces questions. Enfin, la responsabilité de l'entreprise est susceptible d'être mise en cause pour les agissements de ses partenaires. La responsabilité de l'opérateur en matière de protection des données personnelles, par exemple, s'entend largement puisqu'elle concerne non seulement le responsable de traitement, mais également ses partenaires[2382]. Le règlement général sur la protection des données promeut ainsi l'élaboration de *Binding Corporate Rules*, codes de conduite au sein du groupe dont la valeur doit être contraignante en internet et en externe[2383]. Les articles 28 à 31 du règlement général sur la protection des données encadrent les relations entre le responsable du traitement et ses sous-traitants pour garantir l'effectivité du contrôle tout au long de la chaîne de traitement afin de faire rayonner largement la *compliance* et notamment au-delà des frontières de l'Union européenne[2384]. Lorsque le pays où est localisé le tiers est en dehors de l'Union européenne, « *l'association doit s'appuyer sur des mécanismes offrant des garanties* » et notamment des clauses contractuelles et autres instruments juridiques permettant l'adhésion à un code de conduite[2385].

398. La judiciarisation des codes de conduite par la contractualisation. L'absence de force contraignante des codes de conduite ne permet pas d'assurer leur respect par les partenaires commerciaux de l'entreprise éditrice du code de conduite. La contractualisation se présente alors comme un moyen de renforcer l'effet des codes de conduite en imposant leur respect aux partenaires de l'entreprise : « *L'entreprise peut rendre obligatoire son code par un instrument juridique de droit privé, le contrat* »[2386]. Cette contractualisation s'opère par l'insertion, dans les contrats conclus avec les partenaires de l'entreprise, de « *clauses de responsabilité sociale* » qui engagent au respect de principes issus d'un code ou par le renvoi

---

[2380] v. *supra* pt. 322 et sv.
[2381] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 150.
[2382] C. ZOLYNSKI, art. cit.
[2383] *Ibidem*.
[2384] *Ibid*.
[2385] F. NAFTALSKI, art. cit.
[2386] G. FARJAT, *op. cit*., p. 117.

direct au code[2387]. À titre d'exemple, le « Code de déontologie des achats, Air France KLM » prévoit que « *conformément à la Charte éthique et sociale susvisée, la fonction Achats doit veiller avec vigilance à ce que les principes fondamentaux et droits en matière sociale, éthique et protection de l'environnement soient effectivement respectés dans les entreprises sous-traitantes avec lesquelles le Groupe entretient des relations dans le monde. Les clauses associées seront intégrées dans le contrat* »[2388]. Cette technique est un moyen de judiciarisation des codes de conduite, qui par l'effet de la volonté des parties deviennent obligatoires et donc dotés d'effets juridiques.

Ces clauses peuvent n'avoir qu'une fonction pédagogique en exigeant le respect de la législation existante[2389]. Elle remplit alors une fonction informative et pédagogique dans une réalité où peu d'entreprises accèdent au contenu de leurs obligations par la voie de la publication au Journal officiel[2390]. Il s'agit donc d'un vecteur d'obéissance à la loi, renforcé par le poids économique de l'entreprise éditrice[2391]. La clause peut aussi avoir une fonction normative en se substituant aux pouvoirs publics des États des partenaires économiques et en imposant des normes environnementales ou sociales plus exigeantes que celles de leur pays[2392]. Le contrat devient un outil de diffusion des droits fondamentaux, sensibilisant les fournisseurs sur ces questions[2393].

Les codes de conduites ont la tare d'être souvent formulés de manière générale, de sorte qu'ils ne permettent pas d'être appréhendés par le droit, et notamment par le juge. La contractualisation de ces engagements permet une précision de ceux-ci[2394], le contrat impliquant la définition précise de tous les termes utilisés afin de délimiter la répartition des risques. La précision des obligations étant un prérequis à la sanction de leur manquement, les rédacteurs de la clause doivent y être particulièrement vigilants. Cette menace permet de rendre la clause contraignante aux yeux de certains fournisseurs qui ne lui prêtent pas toujours la même force contraignante qu'aux clauses commerciales[2395]. Lorsque la clause impose ainsi aux partenaires économiques « *d'adhérer aux principes de protection de l'environnement* »[2396] ou

---

[2387] M. LAROUER, *op. cit.,* p. 131 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 162.

[2388] Disponible sur le site interne d'Air France.

[2389] V. REBEYROL, art. cit.

[2390] P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », préc.

[2391] *Ibidem*.

[2392] M. BARY, « La contractualisation de la RSE dans les relations d'affaires de l'entreprise », Énergie - Environnement – Infrastructures, octobre 2018, n° 10, dossier 39.

[2393] *Contrat et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, Étude croisée acheteurs-fournisseurs EcoVadis and Affectio Mutandi, 2018.

[2394] M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA* 1er mai 2015, n° 104.

[2395] *Contrat et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, Étude croisée acheteurs-fournisseurs EcoVadis and Affectio Mutandi, 2018.

[2396] « Charte développement durable », disponible sur le site internet AIRFRANCE KLM :

de « *respecter la réglementation environnementale* »[2397] ou encore de « *soutenir et appliquer (...) les principes du " Pacte Mondial " des Nations Unies* »[2398], ces obligations manquent de précisions, et la clause doit alors déterminer le contenu de la norme à respecter[2399]. Le Professeur Mekki propose de pallier cette menace grâce à la théorie des attentes légitimes sur le fondement de l'article 1166 du Code civil qui permet d'interpréter des obligations formulées de manière générale au regard de ce qui peut être raisonnablement et normalement attendu pour y répondre[2400].

399. Le contenu de la clause éthique. Pour déterminer les obligations devant figurer dans la clause, la société donneuse d'ordres doit au préalable réaliser une étude d'impact afin d'identifier les risques particuliers du secteur d'activité de son partenaire économique, mais également du pays dans lequel il est établi[2401]. Dans les pays en phase avec les référentiels internationaux, la clause de responsabilité sociale peut en effet se contenter d'un rappel des législations et lignes directrices à suivre, mais dans les pays dont la législation en matière de droits de l'homme et de l'environnement reste lacunaire, les clauses doivent être bien plus précises[2402].

La clause doit également prendre en compte les ressources de l'entreprise partenaire. Les entreprises étant soumises à la pression d'une allocation optimale des dépenses de production, l'effort de conformité peut constituer une pénalité économique[2403]. Une répartition des coûts engendrés par la mise en conformité avec la clause doit alors être envisagée par la société donneuse d'ordres[2404]. Une récompense financière ou commerciale peut également être mise en place afin de motiver ses partenaires à atteindre les objectifs de la clause[2405]. Cette adaptation de la clause exclut le recours aux clauses standardisées. La standardisation des clauses pose, en effet, des problèmes de cohérence de certains critères aux activités des fournisseurs[2406].

Une clause standardisée est une clause sur laquelle pèse un risque de déséquilibre inhérent aux contrats d'adhésion pouvant entraîner la nullité de la clause[2407]. « Une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux

---

https://procurement.af-klm.com/fr/images/charte_DD_FR_mai2012_tcm1105-762891.pdf

[2397] *Ibidem*.

[2398] « Charte développement durable entre EDF et ses fournisseurs », disponible en ligne : https://www.edf.fr/sites/default/files/Lot%203/FOURNISSEURS/ACHAT%20RESPONSABLE/charteddedffournisseursv2042014.pdf

[2399] M. BOUTONNET, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

[2400] M. MEKKI, art. cit.

[2401] Y. QUEINNEC, « Le contrat durable, contours du concept et pistes d'exploration », *in* I. DAUGAREILH (dir.), *Responsabilités de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 633 et sv.

[2402] *Ibidem*.

[2403] *Ibid*.

[2404] *Ibid.*

[2405] *Ibid.*

[2406] *Contrat et clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, préc.

[2407] Y. QUEINNEC, art. cit.

exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion »[2408]. Il en est ainsi des clauses dénuées de contrepartie, notamment celles ne prévoyant aucun engagement réciproque du donneur d'ordres, une responsabilité exclusive du fournisseur en cas d'atteinte à la réputation du donneur d'ordres ou aux tiers, ou encore celles autorisant la rupture unilatérale sans préavis, quelle que soit la nature du manquement[2409]. Afin d'éviter les travers de la standardisation, ces clauses doivent être négociées.

Les récents travaux de l'OCDE ont mis en évidence des déséquilibres entre les clauses commerciales et les clauses de responsabilité sociale, entraînant le sacrifice de ces dernières[2410]. La clause de responsabilité sociale entrant en contradiction avec une obligation commerciale, sera le plus souvent neutralisée faute d'être considérée comme un élément essentiel du contrat. Elle peut ainsi être impossible à concilier avec le prix, la quantité ou les délais imposés. C'est notamment le cas lorsque les délais imposés sont impossibles à respecter, pouvant entraîner du travail forcé ou une durée de travail excessive. Une entreprise payant ses fournisseurs en retard peut inciter ceux-ci à également payer les salaires de ses travailleurs en retard. Une entreprise qui négocie les prix à la baisse peut inciter ses fournisseurs à réduire leurs coûts et, par ricochet, à violer les droits de l'homme et les droits du travail, puis à dégrader l'environnement. Le donneur d'ordres doit donc donner les moyens aux fournisseurs de satisfaire les exigences de responsabilité sociale en jouant sur la durée du contrat, le prix, la fréquence ou le volume de commandes. La clause de responsabilité sociale influence donc tout le contenu du contrat.

Une majorité de clauses imposent au cocontractant de prévoir des engagements similaires avec ses propres partenaires. Cette obligation se justifie par le risque que représentent ces prestataires de rang deux pour l'entreprise donneuse d'ordres qui ne les choisit pas. Par ailleurs, les lois Sapin 2 et vigilance, par exemple, prescrivent la vigilance quant aux pratiques de ses partenaires économiques directs et indirects[2411]. Les clauses peuvent ainsi viser jusqu'au sous-traitant de rang trois, comme cela est de mise dans le secteur du luxe[2412]. Cette même clause de responsabilité sociale, produite dans différents contrats tout au long de la chaîne d'approvisionnement, transcende les relations contractuelles pour constituer un « *groupe de clauses* »[2413]. La circulation des obligations ainsi produite est favorable à l'atténuation des risques tout au long de la chaîne commerciale, instaurant un espace d'intégrité

[2408] Principes du droit européen des contrats, article 4 : 110 : Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle.

[2409] Y. QUEINNEC, art. cit.

[2410] Guide OCDE sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure, Éditions OCDE, Paris, 2018.

[2411] Article L. 225-102-4, I du Code de commerce ; 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 (1), article 17.

[2412] A. LAUNAY et Y. QUIENNEC, « De la prévention à la réparation des impacts ESG. Le contrat durable, outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable », in R. DE QUENAUDON, K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Pedone, 2016, p. 469-470.

[2413] M. BARY, art. cit.

environnementale et sociale. La clause qui vise les partenaires commerciaux de rang deux doit toutefois mettre son cocontractant en mesure d'exercer sa vigilance auprès de ses propres partenaires dans des conditions raisonnables.

La clause peut également prévoir un droit d'audit par des organismes indépendants. Ceux-ci ne représentent pas « *une garantie à toute épreuve* » puisque le Rana Plaza avait fait l'objet d'un audit par la société TÜV Rheinland avant de s'effondrer[2414]. Le choix des auditeurs doit donc être scrupuleux, quitte à les soumettre à un processus de certification préalable ou à développer des audits mutualisés[2415]. En cas de contentieux, ces éléments constitueront des éléments de preuve des actions de prévention, voire de remédiation que l'entreprise aura conduite dans le cadre de son obligation de *compliance*[2416].

400. Les sanctions. Le code de conduite de l'entreprise peut fonder des refus de vente de produits ou de collaboration commerciale du fait du comportement incompatible des personnes ou organisations en demande avec ses engagements[2417]. Elle peut également justifier des sanctions commerciales en cas de violation par un partenaire économique, et notamment la rupture des relations commerciales en cas de manquement grave[2418]. Une clause résolutoire peut ainsi être prévue, accompagnée d'une clause pénale afin de rendre possible la fin du contrat à tout moment dès lors qu'un audit révélerait des pratiques contraires au code de conduite[2419]. À titre d'exemple, en 2019, dans le cadre d'un litige opposant la société Monoprix à l'un de ses fournisseurs, la Cour d'appel de Paris a jugé que les manquements du fournisseur à ses obligations de vigilance résultant des normes éthiques édictées par la société Monoprix justifiaient la rupture immédiate des relations commerciales[2420]. Similairement, dans une décision du 24 mars 2021 la Cour d'appel de Paris a estimé que la révélation par un audit d'irrégularité en matière de droit du travail sur les sites de production proposés par le fournisseur de la société Promod, engagé par la signature du code de conduite de cette dernière à être en conformité avec les lois et réglementations tant nationales qu'internationales, justifie une rupture immédiate des relations commerciales[2421]. L'entreprise exerce alors sur des tiers « *le pouvoir de juger et punir* »[2422], elle devient ainsi dotée « *d'un pouvoir, à portée mondiale, de punir* »[2423]. « *Si l'on peut reprocher aux entreprises globales l'accaparement du pouvoir*

[2414] M. MOSSE, « Le juriste au cœur du devoir de vigilance », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN ET J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 215-226.

[2415] *Ibidem*.

[2416] *Ibid*.

[2417] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le Droit rêvé de la Compliance », préc.

[2418] J. DIRRINGER, « L'accord-cadre transnational, outil de structuration de l'entreprise transnational et de sa sphère d'influence », *Énergie - Environnement – Infrastructures*, octobre 2018, n° 10, dossier 38.

[2419] M. MOSSE, art. cit.

[2420] CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 13 mars 2019, 17/21477 ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[2421] CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 24 mars 2021, 19/155565 ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[2422] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », préc.

[2423] P. INGALL-MONTAGNIER, art. cit.

normatif par l'autorégulation, on ne peut plus le leur reprocher lorsque c'est le régulateur qui les a faites régulateurs »[2424].

401. Conclusion §1. Le pouvoir normatif de l'entreprise. Le code de conduite est un instrument de sensibilisation des parties prenantes de l'entreprise aux valeurs que celle-ci entend diffuser. C'est un instrument central de la *compliance* qui peut être prévu expressément par la loi ou implicitement dès lors qu'elle commande la mise en œuvre d'actions préventives dans l'entreprise. Celle-ci reçoit alors une « *délégation de fabriquer les règles répréhensibles qu'elle doit s'appliquer à elle-même ainsi qu'aux tiers avec lesquels elle est en relation* »[2425]. Pour être efficace, encore faut-il qu'existe une « *culture de la compliance* » dans l'entreprise.

§2. L'IMPULSION D'UNE « CULTURE DE LA *COMPLIANCE* »

402. L'impulsion d'une « culture de la *compliance* ». D'après Aurélien Hamelle, directeur juridique du groupe Total Energie, « *un programme de conformité ne serait à mon sens rien, ou du moins serait-il seulement un empilement de règles, s'il ne contribuait pas à faire émerger une culture de la conformité* »[2426]. De même, le Professeur Zolynski insiste sur le rôle des responsables du traitement des données de « *diffuser au sein de l'entreprise une culture de protection des données* »[2427]. Cette dimension culturelle **(A)** est impulsée auprès des salariés par les instances dirigeantes **(B)**.

A. La dimension culturelle de la *compliance*

403. La dimension culturelle de la *compliance*. Les auteurs de la *compliance* signalent systématiquement que la démarche de *compliance* suppose la formation et l'incitation des salariés dans l'ensemble des services, en vue d'adopter une « *culture de conformité* »[2428] désignée également sous le terme de « *culture de compliance* »[2429]. La « conformité » semble renvoyer au juridique, ce qui pose la question de l'influence du droit au sein de la « culture

[2424] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », art. cit.

[2425] M.-A. FRISON-ROCHE, « Lignes de force de l'ouvrage la juridictionnalisation de la compliance », 2 février 2023, disponible en ligne.

[2426] A. HAMELLE, « Conformité et gestion des risques : l'exemple de total », préc.

[2427] C. ZOLYNSKI, art. cit.

[2428] K. FAVRO, « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », Légicom, 2017, p. 21 ; L. DONNEDIEU DE VABRES, « Pas de compliance sans confiance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 107.

[2429] M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant et après », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 23-36 ; C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 227-234 ; J.-C. RODA, « la compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 225-248.

d'entreprise » **(1)**. La « culture de la *compliance* » dépasse, en réalité, la dimension juridique pour toucher aux valeurs d'entreprise **(2)**.

1. L'influence du droit au sein de la « culture d'entreprise »

404. L'influence du droit au sein de la culture d'entreprise. L'influence du droit au sein de la culture d'entreprise est désignée comme la « culture juridique » **(b)** qui serait un « sous-ensemble » de la « culture d'entreprise » **(a)**.

a. Le concept de « culture d'entreprise »

405. Le concept de « culture d'entreprise ». Le concept de culture d'entreprise « *fait probablement sens pour les sociologues, les anthropologues et des publicitaires, mais il risque de laisser les juristes perplexes, ou même de passer complètement inaperçu à leurs yeux* »[2430]. Le concept de culture d'entreprise est un concept « *malléable et incertain* », chacun y allant de sa définition[2431]. Monsieur De Frahan retient une définition comportementale de la culture d'entreprise : « *Dans un groupe, comme par exemple dans une entreprise, certains comportements caractéristiques (et qui distingue donc ce groupe des autres) sont largement répandus et répétés fréquemment, au point de constituer la normalité : porter le costume-cravate dans une entreprise, le jean-chemise dans une autre ; se donner du " Monsieur " et du " Madame " dans telle organisation, et pratiquer le tutoiement dans une autre ; tolérer le quart d'heure académique, ou pas* ». Selon cette définition, la culture est « *un ensemble de comportements concrets, identifiables et mesurables* »[2432]. Sous l'angle sociologique, la culture d'entreprise est ce qui « *caractérise l'entreprise et la distingue des autres, dans son apparence et, surtout, dans ses façons de réagir aux situations courantes de la vie de l'entreprise comme traités un marché, définir sont standards d'efficacité ou traiter des problèmes de personnel* »[2433]. Il s'agit alors plus largement de « *l'ensemble des règles d'une entreprise, des valeurs partagées, de la manière commune d'aborder les problèmes* »[2434] ou encore d'« *un ensemble complexe de valeurs, de croyances, de philosophie et de symboles qui détermine la manière dont une entreprise conduit ses affaires* »[2435].

[2430] A. HENRY DE FRAHAN, « Homo legalus et la culture d'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 135-147.

[2431] *Ibidem*.

[2432] *Ibid*.

[2433] M. THEVENET, *La culture d'entreprise*, PUF, Que sais-je, n° 2756, 1993, 1ère éd., p. 3.

[2434] P. LAMBRECHT, « Droit, performance et culture d'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 127-133.

[2435] C. Roquilly, « La culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 201-214.

La culture d'entreprise est influencée par des facteurs externes et internes à l'entreprise. L'entreprise forge sa culture par « *un processus collectif d'accumulation de représentation, de valeurs, de techniques et de pratiques* »[2436]. Cette accumulation est influencée par des éléments extérieurs tels que la diversité géographique à laquelle l'organisation doit faire face notamment à cause des divers pays dans lesquels elle est implantée, les valeurs propres à chaque pays, les normes industrielles, les caractéristiques essentielles du secteur d'activité, etc[2437]. Si l'accumulation évoquée est partiellement tacite et informelle, elle doit être institutionnalisée afin d'être pérenne par le recours à des process, qu'il soit de motivation des salariés, de contrôle, de ménagement de la relation client, etc[2438].

Le droit a-t-il sa place dans la détermination d'une telle culture ? « *Assurément puisqu'une culture repose sur des valeurs dont le respect est garanti à travers des normes dans un cadre institutionnel à la fois créateur et garant du respect de ces normes* » [2439].

b. L'influence de la « culture juridique » au sein de l'entreprise

406. Le concept de « culture juridique ». Dans sa vision comportementaliste de la culture, Monsieur De Frahan définit la « *culture juridique* » comme « *le sous-ensemble de la culture d'entreprise qui inclut tous les comportements en rapport direct ou indirect avec la fonction juridique* » [2440]. Il s'agit, pour Monsieur Charreton, de « *l'aptitude de l'entreprise à intégrer de manière naturelle la dimension juridique dans les processus de décision, et dépend fortement de la capacité des juristes à décliner au quotidien une pédagogie de terrain auprès de tous leurs interlocuteurs, en expliquant la problématique juridique inhérente à chaque situation, en lui donnant " sa juste dimension ", et en envisageant les solutions dans le cadre d'un dialogue continue* »[2441]. Cette culture juridique n'est donc ni stable ni pérenne, elle varie dans le temps en fonction de la personnalité des acteurs, juristes et non-juristes[2442]. Les juristes notamment, parce qu'ils sont sollicités par les dirigeants lors des décisions stratégiques, participent à l'élévation du niveau de culture juridique de leur entreprise[2443].

407. La mesure de l'influence de la « culture juridique » sur la « culture d'entreprise ». La définition comportementaliste de la culture impose de mesurer l'influence de la fonction juridique sur la culture d'entreprise en identifiant les comportements précis dont il est question, notamment pour les mesurer, les changer ou les formaliser[2444]. De tels

---

[2436] *Ibidem*.
[2437] *Ibid*.
[2438] *Ibid*.
[2439] P. LAMBRECHT, art. cit.
[2440] A. HENRY DE FRAHAN, art. cit.
[2441] P. CHARRETON, « Débat croisé entre P. Charreton et C. Roquilly. Le droit et les juristes sont-ils une ressource créant de la valeur pour l'entreprise ? », *Options Droit & Affaires*, 2010, n° 16, p. 6-7.
[2442] *Ibidem*.
[2443] *Ibid*.
[2444] A. HENRY DE FRAHAN, art. cit.

comportements pourraient être par exemple : de passer par la direction juridique pour faire appel à un avocat, et s'abstenir, si l'on ne fait pas partie de cette direction juridique, de contacter soi-même un avocat ; inviter le juriste à participer aux réunions où se prennent les décisions, plutôt que de le cantonner un rôle d'exécutant des décisions prises[2445]. Il existe des écarts importants dans la culture juridique des entreprises. Par exemple, les entreprises américaines sont fortement marquées par le droit, ainsi le *general counsel* est en même temps un *senior vice-président*, qui siège au comité de direction et joue un rôle stratégique[2446]. En République populaire de Chine, à l'inverse, les juristes, quand il y en a, sont considérés au mieux comme des cadres moyens et plus généralement comme des subalternes chargés d'accomplir des formalités administratives[2447]. Cette culture juridique à un lien direct avec la culture de *compliance*.

2. Le concept de « culture de compliance »

408. Le concept de « culture de *compliance* ». Si le concept de « culture de conformité » ou « culture de *compliance* » semble renvoyer directement à la notion de « culture juridique » développée *supra*, la lecture de la doctrine permet de constater qu'il dépasse la simple référence au juridique pour se rattacher aux valeurs. Les auteurs s'accordent, en effet, à dire que « *le programme de compliance sera d'autant plus efficace s'il se rattache aux valeurs de l'entreprise* »[2448]. Il doit donc être en corrélation avec la « culture d'entreprise » qui comme vue précédemment comprend notamment l'ensemble des valeurs partagées au sein de l'entreprise[2449]. La valeur peut être définie comme une croyance durable qu'un mode de conduite particulier est personnellement ou socialement préférable à un autre[2450]. Ainsi dans le domaine de la lutte anticorruption les travaux de certains auteurs démontrent que si certaines valeurs sociales ou éthiques ne sont pas suffisamment enracinées dans l'entreprise, le risque de voir se développer des comportements de corruption augmente, nonobstant dans les programmes au dispositif de *compliance* mis en place au sein de l'entreprise[2451]. La culture de *compliance* semble donc renvoyer à une approche éthique ou morale. A cet égard, la *Securities and Exchange Commission* indiquait en 2007 : « *Tout d'abord, qu'est-ce qu'une culture de la compliance ? Au sein de la SEC, nous avons souvent parlé de la nécessité d'instaurer une solide culture de compliance au sein des entreprises – ce qui signifie établir, depuis le sommet de l'organisation jusqu'en bas, un environnement global qui favorise le comportement éthique et la prise de décision. En termes simples, cela signifie qu'il faut inculquer à chaque employé l'obligation de faire ce qui est juste. Cette culture sous-tendra tout ce que fait l'entreprise et doit faire partie de l'ethos essentiel de l'entreprise, de sorte que lorsque les employés prennent*

[2445] *Ibidem*.
[2446] *Ibid.*
[2447] *Ibid.*
[2448] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203-272.
[2449] P. LAMBRECHT, art. cit.
[2450] C. ROQUILLY, art. cit.
[2451] D. HESS et C. FORD, "Corporate corruption and reform undertakings: a new approach to an old problem", Cornell International Law Journal, 2008, 41, p. 307.

des décisions, grandes et petites, peu importe qui est dans la salle au moment où ils les prennent et que ce soit des avocats, des organismes de réglementation ou des clients ou n'importe qui d'autre, ils sont guidés par une culture qui les aide à faire ce qu'il faut. Il est important de souligner que la culture de conformité d'une entreprise existe à l'extérieur du service de compliance – elle existe dans toute entreprise »[2452]. Ce qui caractérise la dimension éthique est donc « *ce qui doit être fait* », s'inscrivant « *dans le registre de la conviction de ce qui est juste* »[2453]. Des auteurs ont souligné que « *l'éducation, les valeurs personnelles, la culture et l'histoire de chacun nous rendent tous différents dans l'appréciation éthique au moment de la prise de décision* », c'est pourquoi « *l'enjeu pour les entreprises consiste à dépasser l'éthique personnelle pour mettre en place une véritable culture éthique organisationnelle* » [2454].

B. La diffusion d'une « culture de la *compliance* »

409. La diffusion d'une « culture de la *compliance* ». Pour diffuser au sein de l'entreprise une « culture de la *compliance* », « *il doit exister un attachement à un groupe. Autrement dit, la morale d'entreprise n'a de raison d'être que s'il existe une adhésion collective aux valeurs. Cela signifie que ces valeurs doivent être la résultante de la réalité du groupe, des salariés, des acteurs commerciaux et de la société civile dans laquelle elle est partie intégrante* »[2455]. Pour ce faire, l'aspect pédagogique est essentiel **(1)**, les autorités américaines insistent notamment sur le fait que l'impulsion doit « *venir du haut* »[2456], c'est ce qu'elles nomment le « *Tone from the Top* »[2457] **(2)**.

1. La formation des salariés

410. Les obligations de formation dans la *compliance*. Les salariés sont les destinataires privilégiés des mesures et pratiques de *compliance*[2458] ce qui fait logiquement de leur formation un outil incontournable de la *compliance*. L'article 17, II, 7° de la loi Sapin 2 impose ainsi la mise en œuvre d'« un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ». Si la loi vigilance n'impose pas expressément la mise en œuvre de formation, elle l'implique nécessairement puisque l'entreprise est tenue de prendre « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de

---

[2452] J.-C. RODA, art. cit.
[2453] L.-M. AUGAGNEUR, art. cit.
[2454] *Ibidem*.
[2455] B. PEREIRA, art. cit.
[2456] J.-C. RODA, art. cit.
[2457] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *Lutte anti-corruption – Gestion des risques et compliance*, Lamy, Conformité, 2013, p. 100 ; B. CORDIER-PALASSE et M. RICHERT, « La gouvernance de l'éthique et de la conformité/compliance. Bilan des actions menées par les entreprises ayant concuru aux Trophées d'excellence 2019 », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, février 2020, n° 1, 47.
[2458] T. DE RAVEL D'ESCLAPON, « La société à mission : étude de droit positif à la lumière de la loi pacte », *in* F. LARONZE (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 123-143.

prévention des atteintes graves »[2459]. Le règlement général sur la protection des données n'instaure pas, non plus, d'obligations de formation en tant que telle, en revanche, il impose notamment aux assujettis d'instaurer une « culture de la protection des données » au sein de leur personnel. En matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, l'article L. 561-34 du Code monétaire et financier dispose que les assujettis assurent l'information régulière de leurs personnels et mettent en place « toute action de formation utile ». Cette obligation de formation s'impose à l'égard des salariés et dirigeants[2460]. La formation a donc une part non négligeable dans le coût de la *compliance* : « *Les entreprises finissent par trouver l'addition lourde, d'autant plus qu'elles pensaient que la formation des personnes relève de l'école publique et ne devrait pas être à leur charge* » [2461]. Ce coût est justifié par ses objectifs qui servent le droit de la *compliance* **(a)** à condition d'adopter les bonnes méthodes **(b)**.

a. Les objectifs de formation

411. La « mise en capacité » des salariés. La formation est l'action par laquelle un individu acquiert une aptitude, « *des connaissances, des savoir-faire, mais aussi un état d'esprit qui vont lui être nécessaires ou utiles par la suite pour " affronter " ce qu'il aura à " affronter "* »[2462]. Former c'est « *donner la forme adéquate à l'objet, le modeler afin qu'il soit le plus efficace par la suite* » [2463]. La formation est donc « *l'action par laquelle on rend capable* » et cette « *mise en capacité* » rapproche la formation du droit de la *compliance* qui, s'il devait reposer sur une notion, serait celle de la « *capacité* » [2464]. Le droit de la *compliance* « *prend comme critère l'effectivité des mécanismes mis en place, par le constat objectif de leur réalisation, mais aussi leur efficacité, c'est-à-dire leur aptitude à faire en sorte que le but soit atteint* » [2465]. La formation doit donc atteindre le but défini par le législateur, ainsi « *la finalité n'est pas celle de toute formation, à savoir transmettre un savoir afin de rendre plus savant, mais de contribuer au " but monumental " du droit de la compliance lui-même, qui a un but pratique et non pas un but savant* » [2466]. L'exigence de « *mise en capacité* » des opérateurs cruciaux requise par le droit de la *compliance* repose ainsi sur la circulation de certaines informations concernant la manière d'atteindre le « *but monumental* » [2467].

[2459] Article L. 225-102-4, I, 3° du Code de commerce.

[2460] Déci. CNS n° 2017-12 du 19 septembre 2018.

[2461] M.-A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021, p. 227-243.

[2462] T. THOURET, « Formation et compliance : deux outils corrélés de transmission d'information », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021, p. 245-254.

[2463] *Ibidem*.

[2464] *Ibid*.

[2465] M.-A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance », préc.

[2466] *Ibidem*.

[2467] T. THOURET, art. cit.

412. La circulation de l'information. Avant toute chose, la formation a pour objectif de transmettre une information à un destinataire qui en a besoin[2468]. Ces informations prennent souvent la forme d'une connaissance juridique, d'un savoir-faire technique, ou d'une valeur morale ou politique : « *des savoirs, des savoir-faire et des savoir-être* » [2469]. Il s'agit d'éviter les infractions par ignorance, la fraude interne à l'entreprise étant souvent le fait de *« l'employé modèle* », qui n'a dans la grande majorité des cas jamais commis d'actes frauduleux par le passé[2470].

L'opérateur crucial joue un rôle dans la circulation de l'information, il doit la faire circuler en son sein afin que ceux qui travaillent pour lui agissent effectivement et efficacement dans ce sens[2471]. Il doit sensibiliser chacune de ses parties prenantes au « *but monumental* » qu'elles vont désormais devoir prendre en considération, les informer de leurs interdictions et obligations nouvelles imposées par le législateur en vue de poursuivre ce « *but monumental* » et des sanctions correspondantes à la transgression de ces interdictions, mais également des mesures initiées par l'entreprise elle-même en tant qu'elle est libre de choisir les modalités de réalisation du but[2472]. L'Agence française anticorruption précise ainsi que « la formation a pour objectif d'améliorer la compréhension et la connaissance : des processus et des risques induits ; des infractions d'atteintes à la probité ; des diligences à accomplir et des mesures à appliquer pour réduire ces risques ; des comportements à adopter face à une sollicitation indue ; des sanctions disciplinaires encourues en cas de pratiques non conformes » [2473]. La formation vise ainsi à ce que les salariés s'approprient le dispositif anticorruption de l'entreprise. Elle doit être adaptée à la nature des risques, aux fonctions exercées et aux zones géographiques d'activité de l'entreprise, afin, à terme, d'avoir pour effet de limiter les risques identifiés dans la cartographie des risques[2474].

La formation répond au besoin de la *compliance* en matière de circulation de l'information en s'assurant de la bonne réception de cette information[2475]. Elle ne se contente pas, en effet, de rendre l'information accessible au destinataire, ni même compréhensible, visible, acceptable, mémorisable, elle s'attache également à mettre le destinataire dans les meilleures dispositions pour qu'il reçoive pleinement l'information[2476]. D'abord parce que les destinataires de l'information « *sont forcés de porter leurs regards vers l'information* » durant

---

[2468] *Ibidem*.
[2469] *Ibid*.
[2470] F. CORDEL, *op. cit*., p. 147 et sv. ; P. LASCOUMES et C. NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, 2014, p. 150.
[2471] T. THOURET, art. cit.
[2472] *Ibidem*.
[2473] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 192.
[2474] *Ibidem*, pt. 187 et 191.
[2475] T. THOURET, art. cit.
[2476] *Ibidem*.

la formation, notamment lorsque celle-ci est fondée sur l'interaction ou sur la mise en activité des formés[2477]. Ensuite parce que la formation dispose d'outils à même de s'assurer de la bonne réception de l'information, qui n'est pas celle qui est simplement réceptionnée, mais encore celle qui est comprise, acceptée, mémorisée, à laquelle on est capable de trouver une utilité présente ou future[2478]. La mise en place d'outils permettant de vérifier la bonne compréhension des formations comme, par exemple, un contrôle de connaissances est par ailleurs encouragé par l'Agence française anticorruption[2479].

b. Les méthodes de formation

413. Le besoin probatoire. Le droit de la *compliance* suppose l'effectivité de processus déterminés par le législateur afin d'atteindre des « buts mondiaux monumentaux ». L'entreprise doit donc rapporter la preuve de la mise en place de ces processus et de leur effectivité. Cela suppose notamment de rapporter la preuve que des formations ont été tenues, mais également la preuve du suivi effectif de la formation par les salariés[2480]. La commission nationale des sanctions, par exemple, exige ainsi qu'un document atteste de la présence de l'ensemble des collaborateurs de la société aux formations et en établisse le contenu[2481]. De même, les lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et Tracfin, conseillent aux professionnels de l'immobilier de conserver les attestations de formation à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ; les notes de service, courriels et compte-rendu de réunions diffusés en interne ; les informations reçues du Conseil d'orientation de lutte anti-blanchiment[2482]. Le responsable du traitement doit également pouvoir rapporter la preuve, en cas de contrôle de la CNIL ou de procédures contentieuses, de la mise en œuvre de formation de ses collaborateurs, mais également de ses sous-traitants afin qu'ils veillent à la protection des données[2483].

La formation doit également inculquer une « *culture probatoire* », c'est-à-dire qu'il faut apprendre aux salariés à garder la trace de toute démarche, car si le régulateur, le parquet ou le tribunal demandent des comptes à l'entreprise, ceux-ci ne porteront pas sur la décision finale,

---

[2477] *Ibid*.

[2478] *Ibid*.

[2479] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 197.

[2480] M.-A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance », préc.

[2481] Déci. CNS n° 2017-04 du 23 août 2017.

[2482] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), p. 53.

[2483] G. DESGENS-PASANAU, « Formation et sensibilisation des nouveaux acteurs : quelles solutions ? », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 260.

mais sur le bon comportement qui y a mené[2484]. Cette culture de « *pré-constitution de preuve* » que la formation peut inculquer est spécifique au droit de la *compliance*[2485] et essentielle pour protéger l'entreprise notamment des contrôles des autorités de régulation qui participent également à la formation.

414. L'intervention des autorités de régulation. De l'avis du Professeur Frison-Roche, la formation doit être dispensée par les autorités de contrôle, « *la supervision pénétrant ainsi plus encore dans l'entreprise* »[2486]. L'Agence française anticorruption a ainsi une mission de sensibilisation et de formation à destination des acteurs économiques. En 2021, l'Agence a par exemple conduite trente-neuf actions de sensibilisation comprenant vingt-quatre ateliers techniques, organisés conjointement avec des fédérations ou associations professionnelles au profit de leurs adhérents, sept interventions dans des conférences ou séminaires, six interventions dans le cadre d'événements organisés par des cabinets de consultants ou fournisseurs de services, deux interventions en région, en lien avec une chambre de commerce et d'industrie et une direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités[2487].

La Commission nationale informatique et liberté délivre, par ailleurs, un label « CNIL formation » pour tout prestataire ou responsable du traitement qui construit un programme de formation conforme à un cahier des charges établi par l'autorité de régulation dans sa délibération du 6 octobre 2011, mise à jour des conditions du règlement général européen de protection des données le 13 juillet 2017[2488]. Cette labélisation permet à la commission de valoriser et de communiquer sur les bonnes pratiques de certains responsables du traitement ou industriels et devient ainsi un outil d'incitation et de diffusion des règles « Informatique et libertés »[2489].

415. Le contenu de la formation. La formation peut prendre des formes diverses, par exemple pour la protection des données : « *réalisation d'un kit d'accueil à remettre à tout nouveau collaborateur sur les enjeux " Informatique et libertés ", la réglementation et les procédures internes applicables ; organisation de sessions de formation en présentiel ; création d'outils d'e-learning et d'autoévaluation en ligne ; mise à disposition de documents types, de fiches d'information ou encore d'un clausier sur un espace intra-net dédié* »[2490]. D'après Madame Lefebvre-Dutilleul la formation doit être réalisée, idéalement, physiquement pour l'ensemble des salariés[2491]. Si cela est impossible, notamment pour des raisons de coûts, un équilibre devrait être trouvé entre formations via *e-learning* et formations physiques pour

---

[2484] M.-A. FRISON-ROCHE, « La formation : contenu et contenant de la compliance », préc.
[2485] *Ibidem*.
[2486] *Ibid*.
[2487] *Rapport annuel d'activité 2021*, AFA, p. 54.
[2488] G. DESGENS-PASANAU, art. cit.
[2489] *Ibidem*.
[2490] *Ibid.*
[2491] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 236.

les salariés les plus à risque du fait de leur activité dans l'entreprise[2492]. À cet égard, Madame Lefebvre-Dutilleul prévient qu'il « *faut dans ce cas prêter attention à ne pas trop restreint cette population* » [2493]. Elle prend comme exemple, le sujet des cadeaux d'affaires aux clients, ce qui concerne directement les commerciaux et le marketing, indirectement la finance et les achats, sans oublier les assistants de l'ensemble de ses populations qui joue généralement un rôle beaucoup plus important qu'on ne le pense par délégation informelle[2494].

Madame Lefebvre-Dutilleul conseille de mener la formation sur un mode positif : « *l'objectif de la formation n'est pas d'expliquer ce qu'il est interdit de faire, mais d'expliquer ce qu'il faut faire pour atteindre les objectifs chiffrés dans le respect des règles* » [2495]. Il faudrait donc positiver, expliquer comment atteindre les objectifs donnés par la direction, travailler avec les salariés pour mettre en avant les produits ou services vendus par l'entreprise indépendamment de tout cadeau d'affaires, etc[2496]. À défaut, Madame Lefebvre-Dutilleul identifie deux risques. Le premier serait de provoquer des comportements déviants. La pratique montrerait, en effet, que les opérationnels sont incapables d'atteindre leurs objectifs autrement que par les anciennes pratiques dont certaines peuvent être critiquables à l'aune des règles du code de conduite[2497]. Le deuxième risque serait une perte de motivation des salariés raisonnant de la façon suivante : « *de toute façon je n'arriverai pas à atteindre mes objectifs ; on m'explique pendant deux heures que je n'ai pas le droit de faire ceci, pas le droit de faire ça, autant arrêter de travailler tout de suite !* »[2498] Madame Lefebvre-Dutilleul recommande donc de travailler en amont avec les responsables pour expliquer concrètement qu'il est possible d'atteindre les objectifs en déployant d'autres méthodes, d'expliquer parallèlement au déploiement du programme quel est le nouveau plan stratégique, et de faire passer le message via les opérationnels plutôt que via les responsables de la *compliance*[2499]. Concernant ce dernier point, une méthode efficace de formation, d'après Madame Lefebvre-Dutilleul, consiste à composer un premier groupe de salariés opérationnels, qui aura ensuite pour rôle de former le reste des salariés[2500]. Ce concept dit du « *train the trainers program* » fait passer le message de la *compliance* par des responsables opérationnels proches des préoccupations des destinataires de la formation[2501]. Le message serait toujours mieux reçu dans ce cas. Des personnels de l'entreprise peuvent également être invités à faire partager leur expérience en la matière, leurs réactions et les conclusions qu'ils en ont tirées, donnant ainsi lieu à des échanges au plus près

---

[2492] *Ibidem*, p. 260.
[2493] *Ibid*, p. 236.
[2494] *Ibid*.
[2495] *Ibid*.
[2496] *Ibid*.
[2497] *Ibid*.
[2498] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, « La conformité, droit vivant », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 307-313.
[2499] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 236.
[2500] *Ibidem*.
[2501] *Ibid.*

des contraintes opérationnelles[2502]. Des mises en situation sont conseillées pour favoriser une appropriation des règles dans l'exercice quotidien des fonctions[2503].

Le contenu de la formation doit être adapté aux salariés et ne pas porter des atteintes à leur liberté individuelle qui ne serait pas justifiées par leurs fonctions[2504]. À cet égard Madame Lefebvre-Dutilleul retient deux enseignements : la formation doit être en rapport avec les fonctions actuelles ou futures des salariés concernés ; elle doit laisser sa part de libre arbitre aux salariés qui doivent être considérés comme ayant achevé leur formation même s'ils n'ont pas répondu correctement aux questions[2505]. Les formations d'e-learning « *en boucle* », qui ne sont pas considérées comme achevées tant que le salarié n'a pas répondu correctement aux questions, sont ainsi à proscrire[2506]. La formation sera d'autant mieux assimilée que la prise en compte des règles participera de leur évaluation par l'entreprise.

416. L'adaptation des critères d'évaluation. Madame Lefebvre-Dutilleul précise qu'il ne suffit pas d'expliquer aux salariés comment remplir leurs objectifs en respectant les règles, il faut aussi que leurs critères d'évaluation prennent en compte le respect de ces règles[2507]. Laisser les salariés gérer les conflits entre l'atteinte des objectifs chiffrés fixés et donc l'obtention d'un bonus, la progression hiérarchique, voir la conservation de son emploi, et le respect des règles apparaît par nature inefficace[2508]. Il importe donc que les salariés puissent bénéficier de conseils en cas de besoins.

417. Le conseil des opérationnels, un complément à la formation. Outre les sessions de formation, la gestion des risques n'étant pas un exercice binaire, il est nécessaire que quelqu'un dans l'entreprise, généralement le *compliance officer* ou le *Data privacy officer* en matière de protection des données[2509], conseil les opérationnels, notamment ceux qui présentent un profil « *à risque* », quand ils sont confrontés à des interrogations sur la conduite à tenir sur le terrain[2510]. Monsieur Hamelle prend l'exemple d'invitations à un événement sportif : « *Est-ce interdit, en soi ? Nous considérons que non. Mais est-ce possible en toutes circonstances et sous toutes formes ? Non plus. Notre approche en la matière consiste à ce que les filiales*

[2502] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 196.

[2503] *Ibidem*.

[2504] Cass. soc. 7 avril 2004, n° 02-40.493.

[2505] *Ibidem*.

[2506] *Ibid*.

[2507] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 236.

[2508] *Ibidem* ; P. LASCOUMES et C. NAGELS, *op. cit*., p. 150.

[2509] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 37.

[2510] F. ZIVY, « Les programmes de conformité aux règles de concurrence : de l'auto-évaluation à l'auto-régulation ? », *JCP E* 26 juillet 2012, n° 30, 1474 ; A. Hamelle, art. cit.

concernées vérifient que la valeur des invitations reste raisonnable et, ce faisant, insusceptible d'influencer des décideurs publics ou des clients privés qui pourraient en bénéficier. Il faut également vérifier qu'aucune dépense somptuaire (hôtel de luxe et excursions par exemple) ne soit prévue en marge de l'invitation. Enfin, et à titre de précaution complémentaire, il peut être opportun de vérifier que, au moment de l'évènement sportif, les personnes invitées ne sont pas amenées à prendre une décision ayant un impact sur les activités de la filiale considérée »[2511]. Tout est donc affaire d'analyse au cas par cas, ce qui nécessite un rapport de dialogue constant[2512] et une impulsion du « *Tone from the top* ».

2. « Tone from the top »

418. L'impulsion d'une « culture de la *compliance* ». Pour bénéficier d'une crédibilité nécessaire à son efficacité auprès des salariés, l'impulsion d'une « culture de *compliance* » doit provenir du plus haut niveau hiérarchique de la société **(a)**, c'est-à-dire des dirigeants et cadres supérieurs. Elle devrait également être encouragée par les actionnaires de la société **(b)**.

a. L'impulsion d'une « culture de compliance » par le plus haut niveau hiérarchique de la société

419. L'impulsion d'une « culture de *compliance* » par les dirigeants. « *La culture de la compétition porte en elle les germes de la transgression, mais elle ne peut se déployer que dans un certain cadre* » [2513]. Cette culture de la compétition entrerait en conflit avec une « *culture de l'honnêteté et de l'éthique des affaires* » qui se résout au niveau collectif en fonction du type de sous-culture prôné dans l'entreprise[2514]. La manière dont l'entreprise se positionne en termes de normes et de valeurs dépend du positionnement éthique de sa hiérarchie[2515]. La théorie culturaliste développe l'idée que les individus socialisés par leur culture professionnelle s'identifient aux objectifs de l'entreprise. En conséquence, si la direction favorise les règles du jeu légitime, les subordonnés s'y conformeront, au contraire, si la conformité n'est pas la priorité, la voie des pratiques transgressive est ouverte[2516].

À cet égard, si l'aspect pédagogique semble privilégié par les autorités de régulation pour diffuser au sein de l'entreprise une culture de *compliance*, elles insistent notamment sur le fait que l'impulsion doit venir du haut c'est-à-dire des organes de direction[2517]. La *compliance* est

---

[2511] A. HAMELLE, « Conformité et gestion des risques : l'exemple de total », préc.
[2512] *Ibidem*.
[2513] P. LASCOUMES et C. NAGELS, *op. cit*., p. 150 et sv.
[2514] *Ibidem*.
[2515] *Ibid*.
[2516] *Ibid*.
[2517] J.-C. RODA, art. cit. ; Table ronde par M. BARTEL, D. DEDIEU, X. HUBERT, S. DOMINGUEZ, Agence française anticorruption, « Réflexions autour du Guide pratique sur la fonction conformité anticorruption dans

ainsi appréhendée « *comme un processus dont l'impulsion provient du sommet de la société pour ensuite se propager selon une dynamique verticale à chacune de ses composantes* »[2518]. L'implication des dirigeants est donc impérative pour créer une culture de la *compliance* : « *L'attitude des dirigeants et des managers, les valeurs qu'ils véhiculent, leur comportement à l'égard de la réglementation et plus généralement des normes sociales sont au moins aussi importants que les process et les programmes de conformité* »[2519]. D'après Aurélien Hamelle, il s'agit d'une « *pierre angulaire de l'anticorruption* » : « *Lorsque, comme dans le groupe Total, le PDG et les autres dirigeants rappellent, devant les managers et collaborateurs du groupe, l'importance de la lutte contre la corruption et une position de " tolérance zéro ", l'écho est immense* »[2520]. L'Agence française anticorruption hisse quant à elle l'engagement de l'instance dirigeante au statut de « pilier » du dispositif anticorruption[2521]. Son insistance sur l'engagement de l'instance dirigeante, qui n'est pourtant pas explicitement prévue par la loi Sapin 2, s'explique par le fait que celle-ci reste trop souvent « *imperceptible* »[2522], alors même que, comme l'agence l'indique dans sa réponse transmise au questionnaire de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, « *les contrôles initiaux [...] révèlent que l'engagement de l'instance dirigeante peut être, dans le même secteur d'activité, le principal facteur éclairant les différences de maturité des dispositifs* »[2523].

L'engagement de l'instance dirigeante se manifeste par des engagements clairs et univoques signés au plus haut niveau de l'entreprise et énoncés publiquement dans divers documents : déclaration de politique générale, politique éthique, formation, contrats[2524]. Elle se manifeste également par la mobilisation de moyens adaptés[2525]. Les dirigeants de l'entreprise au niveau de la société mère en premier lieu, mais aussi de la filiale, en particulier si la société mère est située à l'étranger, devront également s'investir dans le déploiement du code, en communiquant à la fois sur l'intérêt pour tous de respecter le code et sur son caractère obligatoire et sanctionnable[2526]. Il faut ainsi déployer dans l'entreprise le principe de la « *tolérance zéro* » à

---

l'entreprise publié par l'Agence Française Anticorruption », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, avril 2019, n° 2, entretien 63.

[2518] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », art. cit.

[2519] C. COLLARD et C. ROQUILLY, « Conformité réglementaire et performance de l'entreprise », Cahier Droit de l'Entreprise, 2009, Fasc. 6, p. 36.

[2520] A. HAMELLE, « Conformité et gestion des risques : l'exemple de total », préc.

[2521] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 47.

[2522] Rapport annuel de l'AFA, 2021, p. 20.

[2523] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 47.

[2524] BIAC et IOE, « Connecting the anti-corruption and human rights agendas: A guide for business and employer's organisations », septembre 2020, p. 15 ; C. MICHON, art. cit.

[2525] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 20.

[2526] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 233.

tout niveau de la hiérarchie, ce qui augmenterait de manière significative l'efficacité du programme de *compliance*[2527]. Dans le cadre des pratiques de corruption, Monsieur Leeleea prend ainsi l'exemple d'un commercial qui sera fortement incité à refuser la corruption s'il sait que cette pratique ne bénéficiera d'aucune tolérance par la direction de l'entreprise et qu'elle fera l'objet de sanctions disciplinaires à l'encontre des employés impliqués[2528]. Au-delà des salariés, le « *tone at the top* » est important pour obtenir la confiance des actionnaires, des clients et des partenaires commerciaux[2529].

L'implication des dirigeants est d'autant plus déterminante que la mise en place d'un programme de *compliance* implique des décisions ayant des conséquences importantes dans l'entreprise. Par exemple, une entreprise qui avait l'habitude de pratiquer la corruption et qui a donc développé une culture de la corruption ne pourra pas changer radicalement les pratiques et mentalités en son sein[2530]. Il faudra donc prévoir une stratégie de sortie qui peut se concrétiser par la conquête de nouveaux marchés présentant moins de risques, le développement de mécanismes de défense contre tout type de chantage, par exemple de la part d'anciens partenaires commerciaux ou de fonctionnaires habitués à bénéficier de commissions de la part de l'entreprise, ou encore de mener une réflexion approfondie quant aux moyens légaux permettant d'accroitre sa compétitivité[2531]. La mise en place du programme implique ainsi des investissements lourds qui témoignent de l'implication de la direction, notamment lorsqu'une personne en charge de la *compliance* à un haut niveau de hiérarchie est instituée[2532].

420. L'influence du *compliance officer* sur la « culture de *compliance* ». La prise de conscience passe également par la nomination de *compliance officer*s disposant d'une légitimité et d'une autorité incontestable au sein de l'entreprise[2533]. Celle-ci résulte notamment de son indépendance[2534]. Le besoin d'indépendance correspond aujourd'hui à un standard partagé par les législations de plusieurs pays. La décision de l'*Attorney* fédéral suisse du 22 novembre 2011 indique, par exemple, que l'une des bonnes pratiques pour un département *compliance* est d'être indépendant des intérêts des unités opérationnelles[2535]. Il faut ainsi veiller à ce que les modes de détermination de la désignation, de la promotion et de la rémunération du *compliance officer* ne soit pas susceptibles de compromettre son objectivité : « *il ne faudrait pas en effet que certaines non-conformités soient négligées à cause des relations de*

[2527] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 100 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 96.

[2528] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 100.

[2529] *Ibidem*.

[2530] *Ibid*.

[2531] *Ibid.*

[2532] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 144.

[2533] J.-C. RODA, art. cit. ; V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[2534] J.-C. RODA, art. cit. ; K. FAVRO, art. cit. ; Table ronde par M. BARTEL, D. DEDIEU, X. HUBERT, S. DOMINGUEZ, Agence française anticorruption, art. cit.

[2535] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

subordination existant de facto entre le directeur de la conformité et la personne qui fixe sa rémunération et sa promotion ou celles de ses collaborateurs »[2536].

Le *compliance officer* doit, par ailleurs, être bien situé dans la hiérarchie de l'entreprise, autrement dit une personne « *appartenant au premier cercle des dirigeants ou du moins susceptible d'exercer un contrôle substantiel au sein de l'entreprise et/ou d'orienter une part significative de sa politique* »[2537], ce qui atteste de l'importance qu'accorde l'entreprise à sa fonction, mais également lui permet de communiquer plus facilement avec la direction[2538]. À ce titre, les *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* établissent, quant à elles, que pour bénéficier d'un allégement de la sanction en raison de l'efficacité du programme de *compliance* adopté par l'entreprise, le *compliance officer* doit avoir un lien de *reporting* direct avec l'autorité gouvernante ou un comité, par exemple le comité d'audit désigné par cette autorité[2539]. L'Agence française anticorruption recommande quant à elle que l'instance dirigeante s'assure que « le responsable de la conformité dispose des moyens lui permettant de réaliser ses missions, de coordonner les fonctions concernées et de lui rendre compte »[2540]. Elle insiste notamment sur la nécessité pour le responsable de bénéficier « à tout moment » d'un accès à l'instance dirigeante, « afin d'en obtenir l'écoute et le soutien » [2541]. Les associés, en revanche, son rarement sollicités.

b. Le rôle des associés dans la promotion d'une « culture de compliance »

421. Le rôle des associés dans la promotion d'une « culture de *compliance* ». À l'échelon national, les associés ne semblent pas prendre part à la promotion de la *compliance*[2542]. Aucun rôle ne leur est, en effet, octroyé par les pouvoirs publics, que cela soit par le législateur, le gouvernement, ou les régulateurs[2543]. De la même façon, les études doctrinales dédiées à la *compliance* n'abordent guère cette thématique à travers le prisme des actionnaires[2544]. Enfin, les associés ne semblent pas eux-mêmes se positionner comme des acteurs de la *compliance*[2545]. Bien que le développement de ce processus ait été largement intégré par les associations d'investisseurs nationaux comme européen, la *compliance* semble,

---

[2536] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 166.

[2537] *Ibidem*, p. 144.

[2538] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 105 ; Table ronde par M. BARTEL, D. DEDIEU, X. HUBERT, S. DOMINGUEZ, Agence française anticorruption, art. cit.

[2539] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 203.

[2540] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 108.

[2541] *Ibidem*, pt. 104.

[2542] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », préc. ; I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Mis en place de la vigilance en droit des sociétés », *JCP E* 03 août 2023, n° 31-35, 1239.

[2543] C. GARNIER, art. cit.

[2544] *Ibidem*.

[2545] *Ibid*.

en effet, davantage appréhendée comme un objet qui leur est extérieur que comme un processus auquel ils ont vocation à prendre part[2546].

Plusieurs considérations démontrent pourtant l'intérêt que les associés devraient porter à la promotion d'une culture de *compliance*. En leur qualité d'investisseurs, les actionnaires ont au moins un intérêt pécuniaire à l'instauration et à l'effectivité des procédures de *compliance* qui visent à la maîtrise d'un risque juridique qui peut se concrétiser par une sanction économique ou du marché se répercutant sur les dividendes ou la valeur du titre [2547]. Au-delà du risque financier, la *compliance* est souvent présentée comme un facteur de compétitivité pour l'entreprise, vecteur de bonne réputation et d'avantage marketing dans un contexte concurrentiel[2548]. La politique de *compliance* semble ainsi de nature à peser sur l'investissement réalisé par les associés, et il apparaît dès lors paradoxal que ces derniers ne tentent pas d'influencer, avec les moyens qui sont les leurs, sur son instauration et son effectivité[2549].

422. Les moyens d'action des actionnaires sur la politique de *compliance*. Les actionnaires détiennent d'ailleurs des pouvoirs de pression sur les dirigeants pour les inciter à l'instauration d'un système de *compliance* effectif et efficace. Dans la société anonyme, ils détiennent, en effet, la faculté de révoquer les dirigeants sociaux sans qu'un juste motif ne soit requis[2550]. Adoptée par le biais d'une décision sociale ordinaire, la révocation est toutefois conditionnée à l'obtention d'une majorité simple[2551].

La menace de la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants est également envisageable afin de les inciter à la mise en œuvre d'une politique de *compliance*. Les faibles chances de succès de cette action entachent toutefois l'efficacité de cette menace. La première difficulté réside dans la démonstration de l'existence d'un préjudice[2552]. La *compliance* s'inscrit, en effet, dans une logique d'anticipation des risques juridiques qui cadre difficilement avec la logique de réparation qui relève de la responsabilité[2553]. En cas de sanction de la société, un recours au concept de perte de chance pourrait être envisagé, mais il comporte une incertitude quant au préjudice qui sera effectivement réparé[2554]. À l'inverse, en l'absence de sanctions, la seule inexistence d'une effectivité d'une politique de *compliance* fondera difficilement un préjudice[2555]. La qualité du demandeur à l'action est également source de difficultés variables. Si la demande en réparation émane d'un associé, au terme d'une jurisprudence constante, il devra démontrer un préjudice qui lui est personnel, distinct de celui

[2546] *Ibid*.
[2547] *Ibid*.; C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 144.
[2548] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », art. cit.
[2549] *Ibid* ; S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 133.
[2550] Article L. 225-18 al. 2 et L. 225-47 al. 3 du Code de commerce.
[2551] Article L. 225-98 du Code de commerce.
[2552] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », art. cit.
[2553] *Ibidem*.
[2554] *Ibid*.
[2555] *Ibid*.

subi par la société[2556], or dans l'hypothèse d'un déficit de *compliance* le préjudice consistera en une perte de valeur des titres subis au premier chef par la société[2557]. Si, à l'inverse, les associés souhaitent demander réparation au nom de la société, ils devront emprunter la voie de l'action *ut singuli* dont les modalités induisent que la réparation est versée à la société, ce qui n'encourage pas à les associer à y recourir[2558].

Le droit à l'information apparaît finalement comme l'instrument juridique le plus proportionné et le plus aisément mobilisable par les associés. Il se décline notamment dans le droit de poser des questions auxquelles les administrateurs sont tenus de répondre au cours de l'assemblée[2559] ou encore dans le droit de demander la désignation d'un expert de gestion en cas de réponse infructueuse de la direction aux questions formulées préalablement[2560]. Ces deux instruments juridiques constituent des leviers efficaces de pression qui peuvent être mis en œuvre sans difficultés puisque la part de capital requise est soit inexistante, soit faible[2561]. Dans un arrêt du 19 décembre 2013 rendu à propos du refus d'un dirigeant de répondre à une question posée par un actionnaire, la Cour d'appel de Paris affirmait qu' « un nombre croissant d'investisseurs pratiquent l'" engagement ", c'est-à-dire une approche qui consiste à faire pression sur les entreprises par l'exercice du droit de vote ou par le dialogue dans le but de faire évoluer leurs pratiques et tant les investisseurs institutionnels que les sociétés de gestion, associations d'actionnaires individuels, organisations non gouvernementales (ONG) utilisent ce levier d'action pour pousser l'entreprise à élargir une responsabilité sociale et environnementale passée dans le droit positif, laquelle ne se limite plus au social tel que résultant du Code du travail et notamment de l'obligation de sécurité ni à l'environnement stricto sensu au sens du code portant ce nom, mais s'étend à ce qui constitue l'entreprise comme acteur de la Société où elle intervient, quel qu'en soit le lieu »[2562]. La Cour énonçait ensuite que si ces pratiques étaient « naturelles aux États-Unis et dans les pays du nord de l'Europe » elles restaient « discrètes ou ponctuelles en France » [2563]. Une telle assertion accroît le pressentiment selon lequel la faible participation des associés à la *compliance* s'expliquerait par des ressorts culturels. Deux considérations peuvent expliquer cette timidité : la culture de confrontation moins développée dans les sociétés françaises que dans les sociétés anglo-saxonnes ; et la structure de l'actionnariat français qui apparaît traditionnellement plus concentré, plus familial et moins composé d'investisseurs institutionnels que les sociétés anglo-saxonnes[2564]. La Cour insiste néanmoins sur la légitimité de la pratique qui constitue « la mise en œuvre pratique du droit ouvert aux actionnaires » afin de « leur permettre de prendre

---

[2556] v. par exemple : Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, *RTD com*. 2010, n° 2, p. 407-410, note N. RONTCHEVSKY, M. STORCK ; *RTD com*. 2010, n° 2, p. 374-377, note P. LE CANNU, B. DONDERO ; *Journal des sociétés*, 2011, n° 87, p. 10-14, obs. N. Ferrier.

[2557] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », préc.

[2558] *Ibidem*.

[2559] Article L. 225-108 al. 3 du Code de commerce.

[2560] Article L. 225-231 du Code de commerce.

[2561] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », préc.

[2562] CA Paris, 19 décembre 2013, 12/22644, *Rev. Sociétés* 2014. 306, obs A. VIANDIER.

[2563] *Ibidem*.

[2564] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », préc.

connaissance des perspectives d'avenir de l'entreprise et d'apprécier la question de savoir s'ils doivent maintenir leur participation au capital ou se retirer en fonction de l'appréciation faite par eux des difficultés réelles ou potentielles auxquelles celle-ci est ou sera confrontée, sachant que les entreprises soumises au règlement général de l'AMF ou à un standard étranger équivalent ont une obligation de contrôle interne et de conformité (compliance) les conduisant à une obligation de cartographie des risques, y compris opérationnels, et de communication sur le sujet par le jeu d'un rapport » et de conclure qu' « ainsi, les obligations d'information à la charge des sociétés ont profondément évolué pour faire en sorte que la société "boîte noire" devienne une " boîte de verre ", soumise aux contraintes des marchés qui postulent plus d'informations, à la fois en quantité et en nature, et dans un délai raccourci. Cela se traduit par une obligation de l'entreprise de rendre des comptes à la collectivité dans laquelle elle s'insère comme aux actionnaires qui la portent, via une obligation d'information financière et extrafinancière renforcée, de tout ce qui la concerne non seulement au plan purement patrimonial ou financier, mais plus largement de tout ce qui impacte ces données »[2565].

423. Conclusion §2. La promotion d'une culture de *compliance*, source d'efficacité du programme. La culture de *compliance* se rattache aux valeurs promus au sein de l'entreprise. Elle assure la bonne application par les salariés des programmes de *compliance* et donc sa réussite. Sa diffusion est tributaire de la formation des salariés, de l'implication des dirigeants de l'entreprise et, dans une moindre mesure, des associés. Les instruments juridiques dont disposent ces derniers pour contribuer à la politique de *compliance* n'apparaissent pas toujours adaptés et sont assurément moins efficaces que ceux dont sont dotés les dirigeants[2566].

[2565] CA Paris, 19 décembre 2013, 12/22644, *Rev. Sociétés* 2014. 306, obs A. VIANDIER.
[2566] C. GARNIER, « Dirigeants, associés et compliance », préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

424. Les difficultés pratiques à la mise en œuvre des obligations préventives. La *compliance* repose essentiellement sur une approche préventive visant à anticiper les risques pour les éviter ou les atténuer[2567]. Pour cela, l'entreprise doit élaborer un programme de *compliance*, outil de prévention requis, par exemple, dans la loi Sapin 2 qui oblige à la mise en œuvre de « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence »[2568], mais également dans la loi du 27 mars 2017 qui impose l'établissement d'un « plan de vigilance »[2569]. Peu importe son nom, le modèle est identique[2570]. Il s'agit d'évaluer les risques par l'établissement d'une cartographie des risques destinée à leur identification, analyse et hiérarchisation[2571]. Il s'agit également de veiller à la formation et à la sensibilisation des acteurs de l'entreprise aux risques notamment par l'établissement d'un « code de conduite », la création d'un dispositif de formation adapté aux différents acteurs de l'entreprise et l'instauration d'un régime disciplinaire permettant de sanctionner les manquements au code de conduite. Dans sa réponse au questionnaire transmis par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, l'Agence française anticorruption relève que ses contrôles ont permis de mettre en évidence le fait que certaines obligations structurelles telles que la cartographie des risques, l'évaluation des tiers ou encore les contrôles comptables anticorruption sont plus difficiles à mettre en œuvre, car plus complexe à conceptualiser que d'autres obligations plus formelles ou plus simples sur le plan opérationnel comme le code de conduite[2572]. Le même bilan est dressé par l'étude 2021-2022 réalisée par Éthicorp, en partenariat avec l'Association française des juristes d'entreprise, qui révèle que la cartographie semble l'outil le plus difficile à mettre en place par les entreprises. Cette étude établit par ailleurs que si quatre-vingt-deux pour cent des entreprises sont dotées de dispositifs de

---

[2567] Table ronde par M. BARTEL, D. DEDIEU, X. HUBERT, S. DOMINGUEZ, Agence française anticorruption, art. cit.

[2568] 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 (1), article 17.

[2569] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.

[2570] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, art. cit.

[2571] *Ibidem*.

[2572] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 50.

compliance, seules trente-sept pour cent des entreprises ont achevé leur mise en conformité. Cette progression laborieuse se justifierait par le manque de moyens humains, la complexité des mesures à mettre en œuvre, le manque de temps, mais également l'absence d'engagement effectif de l'instance dirigeante. Il reste ainsi une importante marge de manœuvre à la mise en place des obligations préventives des programmes de *compliance*. Afin que ceux-ci ne restent pas lettre morte, il est par ailleurs nécessaire de combiner la surveillance à la prévention[2573].

[2573] F. ZIVY, art. cit.

CHAPITRE 2 : LES OUTILS DE DETECTION DES MANQUEMENTS AUX OBLIGATIONS DE *COMPLIANCE*

425. La détection de la défectuosité des programmes de *compliance*. La mise en œuvre d'un programme de *compliance* est une démarche dynamique qui nécessite un contrôle continu afin de vérifier que les procédures déterminées en amont sont efficacement appliquées. Force est de constater, en effet, que dans de nombreux cas les amendes infligées par les autorités de supervision, qu'il s'agisse de blanchiment de capitaux ou de corruption, ne portaient pas sur l'absence de formalisme, mais sur « *l'écart entre les attendus et la réalité, un manquement ou un contournement non détecté* »[2574] **(Section 1)**.

426. Les conséquences de la défectuosité des programmes de *compliance*. Les procédures de *compliance* peuvent dévoiler à l'entreprise des faits susceptibles d'être sanctionnés. L'entreprise doit alors faire un choix : s'auto-dénoncer ou dissimuler. L'auto-dénonciation se généralise au point de devenir une véritable stratégie juridique pour certaines entreprises, à l'instar d'Airbus qui a dénoncé ses propres transactions irrégulières aux autorités françaises et britanniques. Selon les mots de son directeur général, Tom Enders : « *pour se protéger, il ne faut pas se cacher ou éviter de faire des enquêtes, mais au contraire se mettre en relation avec les agences* »[2575] **(Section 2)**.

[2574] A. GUTIERREZ-CRESPIN, « L'audit du dispositif de compliance : un outil clé pour en vérifier la robustesse », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, p. 133-140.

[2575] B. LANGE, « Corruption dans l'entreprise : en France, vers une obligation de dénoncer toute inconduite ? », 21 février 2023, disponible en ligne.

SECTION 1 : LES MOYENS DE DETECTION

427. Les moyens de détection. Pour être efficace, un dispositif de *compliance* doit reposer sur le triptyque « *existence, qualité, efficacité* »[2576]. Cela implique de mener régulièrement des diagnostics de ce qui fonctionne et ce qui nécessite des améliorations. Ces informations sont apportées aux organes dirigeants grâce au dispositif de contrôle interne **(§1)** et au dispositif d'alerte **(§2)**.

§1. LE DISPOSITIF DE CONTROLE ET D'EVALUATION DU PROGRAMME DE *COMPLIANCE*

428. Le dispositif de contrôle et d'évaluation du programme de *compliance*. Les programmes de *compliance* doivent constamment être mis à jour pour atteindre leurs objectifs[2577]. Une attention toute particulière doit être portée aux cas de manquements au programme qui peuvent être révélateur des lacunes de celui-ci[2578]. Il s'agit de vérifier le caractère réel, complet et adéquat du programme anticorruption ou du plan de vigilance, par exemple[2579]. La vérification de la mise en œuvre des mesures de *compliance* et de leur efficacité peut être effectuée par le biais de contrôles et d'audit interne à vocation générale[2580] **(A)** ou par le biais de dispositifs spécifiques qui s'intègrent au plan **(B)**.

A. Les dispositifs de contrôles généraux

429. Les dispositifs de contrôles généraux. Les entreprises sont généralement dotées d'un dispositif de contrôle et d'audit interne à vocation générale, qu'elles définissent en fonction de leur appréciation des risques, et qui peut comprendre jusqu'à trois niveaux[2581]. Les contrôles de premier niveau visent à s'assurer que les tâches inhérentes à un processus opérationnel ou support ont été effectuées conformément aux procédures édictées par l'entreprise[2582]. Les contrôles de deuxième niveau visent à s'assurer, selon une fréquence

---

[2576] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2577] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *Lutte anti-corruption – Gestion des risques et compliance*, Lamy, Conformité, 2013, p. 127.

[2578] *Ibidem*.

[2579] X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi " Sapin 2 " et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.* 2017, p. 1619.

[2580] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 127 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 287.

[2581] AFA, Guide pratique – Les contrôles comptables anticorruption en entreprise, avril 2022, p. 30.

[2582] *Ibidem* ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 64.

prédéfinie ou de façon aléatoire, de la bonne exécution des contrôles de premier niveau[2583]. Ces deux premiers niveaux de contrôles sont réalisés de manière permanente par les opérationnels[2584]**(1)**. Le COSO souligne qu'un système efficace de contrôle interne fournit au management et au conseil une assurance raisonnable que les objectifs de l'entité seront atteints[2585]. L'emploi de l'expression « assurance raisonnable » plutôt que « assurance absolue » traduit l'existence de limite à tout système de contrôle interne, tel que l'erreur humaine et l'incertitude liée au jugement, le contournement du système par la collusion ou l'impact potentiel de certains événements externes échappant au contrôle de management[2586]. Un contrôle de troisième niveau, également appelé « audit interne », est donc nécessaire[2587]**(2)**. Opéré de manière périodique, il vise à s'assurer que le dispositif de contrôle couvre les risques identifiés, est conforme aux exigences de l'entreprise, est efficacement mis en œuvre et tenu à jour[2588].

1. Le contrôle interne

430. L'apparition du contrôle interne. Le « contrôle interne », traduction littérale de l'anglais « *internal control* », née à la fin des années 1970 aux États-Unis à la suite de différents scandales faisant ressentir la nécessité de prévenir la communication d'états financiers irréguliers[2589]. Pour éviter les fraudes, des réflexions sont engagées et l'action est portée sur le contrôle interne des entreprises en tant que processus permettant d'apporter des garanties quant à leur gestion régulière et conforme. Pour atteindre cet objectif, une organisation privée instituée en 1985 débouchera sur la formulation de recommandations : le *Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* dit « COSO »[2590]. Celle-ci produit en 1992 une définition standard du contrôle interne et crée un cadre pour évaluer son efficacité et sa fiabilité : *Internal Control Framework* dit « COSO I » [2591]. En réaction à de nouveaux scandales comptables et financiers en 2001, cette conception du contrôle interne comme instrument de sécurisation de l'information et de la gestion de l'entreprise est reproduite dans

---

[2583] AFA, Guide pratique – Les contrôles comptables anticorruption en entreprise, avril 2022, p. 30 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 65.

[2584] F. BERNARD et N. DUFOUR, *Piloter la gestion des risques et le contrôle interne*, Maxima, 2019, p. 23.

[2585] COSO, *Référentiel intégré de contrôle interne – Principes de mise en œuvre et de pilotage*, Eyrolles, 2014, pt. 66.

[2586] *Ibidem*, pt. 67.

[2587] F. BERNARD et N. DUFOUR, *op. cit*., p. 23.

[2588] AFA, Guide pratique – Les contrôles comptables anticorruption en entreprise, avril 2022, p. 30 ; A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit. ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 66.

[2589] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *Risque juridique et conformité – Manager la compliance*, Lamy, Conformité, 2011, p. 79.

[2590] *Ibidem*.

[2591] *Ibid*.

la loi américaine[2592]. Ainsi, la loi Sarbanes-Oxley du 31 juillet 2002 impose pour toute société cotée aux États-Unis, même non américaine, que ses dirigeants évaluent l'efficacité de leur système de contrôle interne, les rendant par ailleurs responsables de sa mise en place et de son maintien[2593]. En 2004, le référentiel de contrôle interne COSO I est remanié pour intégrer la dimension gestion et maîtrise des risques : le référentiel « COSO II » promeut désormais l'*Enterprise Risk Management*[2594].

En France, le contrôle interne est d'abord apparu dans la loi de sécurité financière du 1er août 2003 en imposant que le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance rende compte dans un rapport spécial, des procédures de contrôle interne mises en place par la société[2595]. Cette obligation de contrôle interne est ensuite mise en œuvre dans les lois de *compliance* **(a)**. La quatrième directive européenne anti-blanchiment introduit par exemple en 2015 l'obligation de mettre en œuvre des contrôles et des procédures « pour atténuer et gérer efficacement les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », comprenant notamment un contrôle interne[2596]. Celui-ci est réalisé par l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise **(b)**.

a. La mise en œuvre du contrôle interne

431. Le contrôle interne du programme de *compliance*. Le référentiel COSO définit le contrôle interne comme étant le processus mis en œuvre par les organes d'administration, les dirigeants et le personnel d'une entreprise, destiné à fournir une assurance raisonnable quant à la réalisation des objectifs suivants : la réalisation et l'optimisation des opérations ; la fiabilité des informations financières ; la conformité aux lois et aux réglementations en vigueur[2597]. L'Autorité des marchés financiers définit plus généralement le contrôle interne comme « un ensemble de moyens, de comportements, de procédures et d'actions adaptés aux caractéristiques propres de chaque société qui : contribue à la maîtrise de ses activités, à l'efficacité de ses opérations et à l'utilisation efficiente de ses ressources, et doit lui permettre de prendre en compte de manière appropriée les risques significatifs qu'ils soient opérationnels,

---

[2592] *Ibid*.

[2593] *Ibid* ; C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010, p. 124 et sv.

[2594] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 79 ; C. COLLARD et C. ROQUILLY, op. cit., p. 124 et sv.

[2595] Article L. 225-37 du Code de commerce.

[2596] Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), aricle 8, al. 4, a.

[2597] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 79 ; C. COLLARD et C. ROQUILLY, op. cit., p. 124 et sv.

financiers ou de conformité » [2598]. Autrement dit, le contrôle interne concerne la maîtrise des activités de l'entreprise[2599], il est « *un moyen pour l'entreprise de vérifier la conformité au droit de son action et des objectifs qu'elle poursuit* »[2600], lui permettant ainsi de sécuriser son action, ses opérations et ses actifs. Plus encore « *à travers la mise en place du dispositif de contrôle interne, existe quelque part l'objectif de réformer l'entreprise, d'instaurer une nouvelle discipline dont l'objectif est la bonne éducation de l'entreprise* »[2601].

Les assujettis aux obligations de *compliance* sont tenus d'assurer la mise en œuvre et l'efficacité du programme de *compliance*. La loi vigilance prévoit, par exemple, que le programme de *compliance* doit comporter « un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité »[2602]. Le programme de *compliance* doit donc faire l'objet de contrôles réguliers quant à son application et son efficacité. Le Code monétaire et financier prévoit par exemple de tels obligations de contrôle interne dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

432. Le contrôle interne dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme doivent mettre en place, aux termes de l'article R. 561-38-3 du Code monétaire et financier, « un dispositif de contrôle interne adapté à leur taille, à la nature, à la complexité et au volume de leurs activités et doté de moyens humains suffisants ». Il s'agit d'un « dispositif que les établissements assujettis, et notamment les établissements de crédit, doivent élaborer et mettre en place sous leur responsabilité qui vise à assurer la conformité aux lois et règlements, l'application des instructions et des orientations fixées par la Direction générale de l'entreprise en question, le bon fonctionnement des processus interne de la société, notamment ceux concourant à la sauvegarde de ses actifs ou encore la fiabilité des informations financières »[2603]. Les lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et Tracfin relatives à la mise en œuvre des obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme précisent que ce contrôle permanent doit permettre « de s'assurer que les procédures mises en place dans chaque entité satisfont aux obligations prévues par le Code monétaire et financier et sont de nature à permettre la détection des opérations suspectes »[2604]. Il porte notamment sur l'évaluation des risques, la mise en œuvre des mesures

---

[2598] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 8.

[2599] C. COLLARD, C. DELHAYE, H-B. LOOSDREGT, C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 79.

[2600] A. FELIX, « Le contrôle interne : le concept », *LPA* 2007, n° 74, p. 5.

[2601] B. FASTERLING, « Compliance – Vers une formalisation ? », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly, 2011, p. 324.

[2602] Article L. 225-102-4, I, 3° du Code de commerce.

[2603] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 60.

[2604] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au

de vigilance, la conservation des documents relatifs à l'identification du client et du bénéficiaire effectif, le respect de l'obligation déclarative à Tracfin, la mise en œuvre de procédures de contrôle périodique et permanent des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ; l'organisation de la conservation et de la confidentialité des déclarations de soupçon émises[2605]. Pour un certain nombre d'assujettis tel que les établissements de crédit[2606], le contrôle interne prévu à l'article R. 561-38-3 du Code monétaire et financier comprend au moins : « des procédures définissant l'organisation du dispositif de contrôle interne ainsi que les activités de contrôle interne que ces personnes accomplissent pour s'assurer du respect des obligations prévues au chapitre Ier du présent titre. Ces procédures prévoient notamment des critères et des seuils permettant d'identifier les incidents importants ainsi que les insuffisances en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Elles prévoient également les conditions dans lesquelles les mesures correctrices sont apportées à ces incidents ou insuffisances »[2607]. Le dispositif de contrôle interne doit également surveiller « la mise en place, par les filiales et succursales des organismes assujettis établies à l'étranger, de dispositifs de contrôle de la conformité de leurs opérations aux règles locales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme »[2608]. De telles obligations de contrôles internes sont également retrouvées dans la loi Sapin 2.

433. Le contrôle interne dans la loi Sapin 2. La loi Sapin 2 impose à l'assujetti de « disposer d'un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre »[2609]. Cette mesure, qui ne figure pas dans le projet de loi, a été introduite par voie d'amendement parlementaire au Sénat, en première lecture[2610]. L'auteur de l'amendement, M. Cabanel, précisait qu'il avait pour objet « *de prévoir que les personnes morales et privées assujetties aux obligations de l'article 8 doivent s'assurer elles-mêmes de l'efficacité et de l'effectivité des procédures et mesures mises en place. À défaut de dispositifs internes d'évaluation, on peut raisonnablement craindre qu'un respect a minima des obligations de l'article 8 [du projet de loi, devenu article 17 de la loi] ne rende l'objectif poursuivi par les nouvelles dispositions totalement illusoires* »[2611]. Ce dispositif répond donc à plusieurs objectifs : prévenir et détecter, le cas échéant, des atteintes à la probité ; contrôler la mise en œuvre effective, conforme et

---

8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 114.

[2605] *Ibidem*, pt. 116.

[2606] « les personnes mentionnées aux 1° à 2° sexies, 6°, à l'exception des conseillers en investissements financiers et des prestataires de services de financement participatif au titre de leurs activités mentionnées à l'article L. 547-4, et 6° bis de l'article L. 561-2 » : article R. 561-38-4 du Code monétaire et financier.

[2607] Article R. 561-38-4, 1° du Code monétaire et financier.

[2608] Arrêté du 6 janvier 2021 relatif au dispositif et au contrôle interne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition ou d'utilisation des fonds ou ressources économiques, JORF n°0014 du 16 janvier 2021, article 13, 5°.

[2609] 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 (1), article 17, II, 6°.

[2610] Amendement n° 355 rectifié.

[2611] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, déposé le 7 juillet 2021, n° 4325, p. 34.

efficace des mesures et procédures de prévention et de détection des atteintes à la probité et définir des recommandations ou mesures correctives adaptées, en vue de leur amélioration[2612]. Pour chacun des contrôles, l'Agence française anticorruption préconise que soit précisé l'objet et le périmètre, le ou les responsables en charge du contrôle, la méthode de contrôle, la fréquence de contrôle, la formalisation attendue, la communication des résultats du contrôle, les mesures correctives adoptées et les modalités de conservation des pièces afférentes au contrôle[2613]. L'Agence détermine, par ailleurs, les contrôles à effectuer pour chaque outil du programme de *compliance*. Le contrôle portant sur la cartographie des risques doit ainsi comporter, en niveau 1, la validation des opérations ou situations régies par les politiques ou procédures intégrées ou annexées au code de conduite ; en niveau 2, le contrôle de la correcte réalisation des contrôles de premier niveau, la revue du contenu du code au regard de la loi et de la cartographie et de l'intégration, pour les entités concernées, du code de conduite au sein de leur règlement intérieur, la vérification, à chaque mise à jour de la cartographie, que les illustrations du code de conduite sont adaptées[2614]. Les contrôles de premier niveau doivent être formalisés et documentés, tandis que les contrôles de second niveau doivent faire l'objet d'un plan de contrôle décrivant notamment le périmètre des contrôles, les rôles et responsabilités, la fréquence, les modalités d'échantillonnage, la formalisation attendue, le suivi des anomalies et les plans d'action associés[2615]. Les manquements identifiés dans le cadre des contrôles de deuxième niveau font l'objet d'un rapport dont une synthèse doit être communiquée à l'instance dirigeante et au service d'audit interne[2616].

b. Les acteurs du contrôle interne

434. La mobilisation de tous les collaborateurs. L'AMF précise que le contrôle interne est « l'affaire de tous »[2617]. Les opérationnels ont donc un rôle à jouer afin qu'ils « *se sentent complètement concernés par cette dimension et s'approprient cette culture du contrôle en participant à sa conception et à sa mise en œuvre* »[2618]. L'article R. 561-38-3 du Code monétaire et financier dispose ainsi que le contrôle interne est réalisé « par des personnes exerçant des activités opérationnelles, et le cas échéant, en fonction de leur taille, de la complexité et du niveau de leurs activités, par des personnes dédiées à la seule fonction de contrôle des opérations ». Le rapport sur l'évaluation des cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne de 2019 rapporte, par

---

[2612] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 62.

[2613] *Ibidem*, pt. 321.

[2614] *Ibid*, p. 44.

[2615] *Ibid*, pt. 336.

[2616] *Ibid*, pt. 322.

[2617] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2618] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *Audit interne et référentiels de risques*, Dunod, 2021, p. 25.

exemple, que « dans les cas les plus graves, la première ligne de défense (unité opérationnelles) était pratiquement inexistante, étant donné que les employés chargés des activités d'origination ne remplissaient pas les obligations de base découlant du cadre de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme »[2619]. On distingue néanmoins « *les opérationnels dont la mission est de "bien faire ", et les hiérarchiques dont la mission est de " bien faire faire ", car les métiers ne sont pas les mêmes et les moyens de gérer les risques non plus* »[2620]. En conséquence, le management de chaque entité doit s'assurer de l'application de la politique de l'entreprise en matière de maîtrise des risques liés à l'activité dont il a la charge et doit veiller à ce que l'exposition à ces risques soit conforme à la politique de gestion des risques définie par la direction générale[2621]. Tous ces collaborateurs peuvent être encadrés par le service de contrôle interne.

Depuis l'avènement de nouvelles obligations légales, notamment la loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis et à un degré moindre la loi de sécurité financière en France, certaines des sociétés concernées se sont dotées de services de contrôle interne dont le rôle principal est de veiller à la « *bonne maintenance* » du système et à son amélioration[2622]. Ces services disposent de moyens importants et conjuguent souvent leurs efforts avec des « *correspondants contrôle interne* » dans les directions opérationnelles et fonctionnelles pour ne pas déresponsabiliser les directions[2623].

Certains assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont, par ailleurs, l'obligation de désigner un « responsable du contrôle permanent » du dispositif dont l'identité est communiquée au régulateur[2624]. Cette responsabilité ne peut être confiée au *compliance officer*, à moins que « la taille, la nature, la complexité ou le volume de l'activité » de l'assujetti ne le justifie[2625]. Le *Compliance officer* doit, en revanche, être informé des dysfonctionnements, d'incidents et des insuffisances identifiées par le contrôle interne[2626]. Il définit alors des procédures « permettant de vérifier la mise en œuvre et le suivi des mesures correctrices pour remédier aux dysfonctionnements, incidents et insuffisances »[2627]. L'Agence française anticorruption charge quant à elle le *compliance officer* d'élaborer le plan de contrôle de deuxième niveau ainsi que le rapport à

[2619] *Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne*, COM(2019) 373 final, p. 6.

[2620] F. BERNARD et N. DUFOUR, *op. cit*., p. 23.

[2621] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2622] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PARÈGE, *op. cit*., p. 25.

[2623] *Ibidem*.

[2624] Arrêté du 6 janvier 2021 relatif au contrôle interne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, article 15.

[2625] *Ibidem*, article 18.

[2626] *Ibid*, article 3.

[2627] *Ibid*.

établir en cas de dysfonctionnements révélés par ce contrôle, dont une synthèse est transmise à la direction générale[2628].

435. Le rôle de la direction générale dans le contrôle interne. La direction générale, qu'elle agisse directement ou que ses services agissent par délégation est responsable de la qualité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques[2629]. Il lui incombe ainsi de concevoir et mettre en œuvre les systèmes de contrôle interne et de gestion des risques adaptés à la taille de la société, à son activité et à son organisation, et notamment de définir les rôles et responsabilités à cet égard dans la société[2630]. Elle procède à une surveillance continue des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques dans l'objectif, d'une part d'en préserver l'intégrité, et d'autre part, de les améliorer, notamment en les adaptant aux changements d'organisation et d'environnement[2631]. Elle initie toute action corrective qui s'avère nécessaire pour corriger les dysfonctionnements identifiés et rester dans le périmètre de risques acceptés[2632]. Elle s'assure que les informations appropriées sont communiquées au conseil d'administration ou de surveillance et au comité d'audit[2633]. Son rôle est primordial, ainsi les équipes de supervision de la Banque centrale européenne ont détecté « *d'importantes faiblesses dans les fonctions de contrôle interne des banques* » notamment dû à « *un déficit d'efficacité de leurs organes de direction* »[2634]. Les carences du système de contrôle interne peut avoir de graves conséquences, ainsi dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 mars 2021 ces carences ont permis « le développement de la fraude et ses conséquences financières » par un salarié qui détournait « à l'insu de l'employeur et dans son intérêt personnel, les moyens techniques et financiers mis à sa disposition, en réalisant clandestinement des opérations hors norme et en dissimulant des positions directionnelles devenues abyssales, faisant ainsi courir à la banque des risques majeurs »[2635]. Le rapport sur l'évaluation des cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne de 2019 rapporte, par ailleurs, que les défaillances des « trois lignes de

---

[2628] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 320.

[2629] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11 ; AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 22.

[2630] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2631] *Ibidem*.

[2632] *Ibid* ; Article R. 561-38-4, 3° du Code monétaire et financier.

[2633] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2634] E. LEDERER, « Banques : la BCE pointe des lacunes dans le contrôle interne », Les Échos, 29 janvier 2020.

[2635] Cass. soc., 17 mars 2021, n° 19-12.586.

défense »[2636], mais également, de l'obligation de rendre compte des instances dirigeantes ont contribué « largement » à faciliter le blanchiment de capitaux au sein d'un certain nombre d'établissements de crédit[2637].

436. Le rôle du conseil d'administration ou de surveillance dans le contrôle interne. Le conseil d'administration ou de surveillance devrait s'assurer, dans le cadre de sa mission de surveillance des activités de l'entreprise, « de l'existence, de la pertinence et de l'efficacité des mesures prises par les dirigeants afin de se conformer à leurs obligations légales »[2638]. Pour ce faire, l'Agence française anticorruption préconise que le dispositif anticorruption et ses actualisations lui soit périodiquement présenté[2639]. L'information du conseil d'administration ou de surveillance quant à l'activité et aux résultats des contrôles internes ainsi que de ses insuffisances et des incidents est par ailleurs obligatoire pour les assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme mentionnés à l'article R. 561-38-4[2640]. Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés cotées est quant à lui soumis à l'obligation d'expliquer, dans un rapport joint au rapport de gestion du conseil d'administration et présenté à l'assemblée des actionnaires, quelles sont les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société[2641]. Une réponse ministérielle précise, d'ailleurs, que « s'agissant des procédures de contrôle interne, la loi ne distingue pas selon leur objet celle qui relève de l'obligation de rapports. Cette obligation a donc une portée générale, le rapport devant rendre compte de l'ensemble des procédures mises en place par la société afin de prévenir et maîtriser les risques résultant de son activité »[2642]. Le rapport devra donc rapporter l'ensemble des procédures de contrôle interne des différentes obligations de *compliance* auxquelles la société est soumise. Cela implique, en pratique, que le conseil prenne connaissance des caractéristiques essentielles des dispositifs de contrôle interne et de gestion des risques retenus et mis en œuvre par la direction générale pour gérer les risques[2643], mais également de ses déficiences et des mesures adoptées pour y remédier[2644]. Le conseil peut également faire usage de ses pouvoirs généraux pour faire

---

[2636] Les trois lignes de défense concernent les aspects suivants : (1ère ligne) les unités opérationnelles, (2e ligne) la fonction de conformité et de gestion des risques et (3e ligne) la fonction d'audit interne.

[2637] *Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne*, COM(2019) 373 final, p. 6.

[2638] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 95.

[2639] *Ibidem*.

[2640] Article R. 561-38-6, al. 1 du Code monétaire et financier.

[2641] Article L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce ; V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 31.

[2642] Réponse mininstérielle à QE n°37779, JOAN Q. 11 janv. 2005, p. 372.

[2643] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2644] COSO, *op. cit*., pt. 49.

procéder aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ou prendre toute autres initiatives qu'il estimerait appropriées en la matière[2645].

2. L'audit interne

437. L'audit interne. L'audit interne est une action de surveillance périodique de l'entreprise « *qui permet de fournir une assurance raisonnable sur le degré de maîtrise des opérations en évaluant les procédures et processus de gestion des risques, de contrôle et de gouvernance d'entreprise* »[2646]. Il permet de « *prendre une photo instantanée à un moment x permettant de mesurer les risques éventuels auxquels l'entreprise est confrontée, du fait de l'insuffisance du respect de la réglementation* »[2647]. La mise en œuvre de cette surveillance des programmes de *compliance* vise donc à déceler les problèmes et formuler des recommandations afin d'y apporter des solutions **(a)**. Il peut être mené par les acteurs internes et externes à l'entreprise **(b)**.

a. La mise en œuvre de l'audit des programmes de *compliance*

438. L'obligation d'audit des programmes de *compliance*. L'audit est un contrôle de niveau 3 qui complète les contrôles de niveau 1 et 2 opérés par le contrôle interne[2648]. Toutes les entités, activités, fonctions et tous les processus sont concernés par les investigations de l'audit interne[2649]. Les programmes de *compliance* n'y échappent donc pas. L'Agence française anticorruption précise ainsi que « la pertinence et l'efficacité des mesures et procédures composant le dispositif anticorruption sont régulièrement évaluées par des contrôles de troisième niveau. Ces audits internes visent à s'assurer que le dispositif anticorruption est conforme aux exigences de l'entreprise, efficacement mis en œuvre et tenu à jour. L'audit interne est également invité à s'assurer que les situations de risque identifiées par la cartographie des risques de corruption sont couvertes par des mesures de prévention efficaces »[2650].

De même le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme doit prévoir « un contrôle interne périodique réalisé par des personnes dédiées, de

---

[2645] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 11.

[2646] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2647] V. DE PONTAVICE, « Expérience de compliance : mener un audit environnement », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2018, p. 99.

[2648] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2649] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *op. cit*., p. 65.

[2650] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 323.

manière indépendante à l'égard des personnes, entités et services qu'elles contrôlent lorsque cela est approprié eu égard à la taille et à la nature des activités »[2651].

Les opérateurs d'importance vitale sont également soumis à une obligation d'audit interne afin d'apprécier la validité du plan particulier de protection de chacun de ses points d'importance vitale[2652]. Les opérateurs de services essentiels réalisent, quant à eux, un « audit de la sécurité » de chaque système d'information essentiel en prenant en compte les résultats de la mise à jour de l'analyse de risque[2653]. Il vise à vérifier notamment l'application et l'efficacité des mesures de sécurité du système d'information essentiel et doit permettre d'évaluer le niveau de sécurité du système d'information essentiel au regard des menaces et des vulnérabilités connues[2654]. Cet audit doit être réalisé lors de chaque renouvellement de l'homologation[2655]. À l'issue de l'audit, l'opérateur élabore un rapport d'audit qui expose les constatations sur les mesures appliquées, et la conformité du niveau de sécurité atteint aux objectifs de sécurité, compte tenu des menaces et des vulnérabilités connues[2656]. Il formule également des recommandations pour remédier aux éventuelles non-conformités et vulnérabilités découvertes[2657]. Enfin, les fournisseurs de services essentiels identifient les risques qui menacent la sécurité des réseaux et des systèmes d'information qu'ils utilisent et prennent les mesures techniques et organisationnelles nécessaires et proportionnées pour les gérer incluant « le suivi, l'audit et le contrôle »[2658]. Ces derniers incluent : la réalisation d'une séquence planifiée d'observations ou de mesures afin de vérifier si les réseaux et les systèmes d'information fonctionnent comme prévu ; l'inspection et la vérification du respect des normes, de l'exactitude des rapports et de l'atteinte des objectifs d'efficacité et d'efficience ; un processus destiné à révéler les failles dans les mécanismes de sécurité[2659].

[2651] Article R. 561-38-4 du Code monétaire et financier.

[2652] Instruction générale interministérielle relative à la sécurité des activités d'importance vitale, N°6600/SGDSN/PSE/PSN du 7 janvier 2014, § 4.1.

[2653] Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, JORF n°0225 du 29 septembre 2018, règle 5.

[2654] *Ibidem*.

[2655] « L'homologation d'un système est une décision formelle prise par l'opérateur qui atteste que les risques pesant sur la sécurité de ce système ont été identifiés et que les mesures nécessaires pour le protéger sont mises en œuvre. Elle atteste également que les éventuels risques résiduels ont été identifiés et acceptés par l'opérateur » v. Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, JORF n°0225 du 29 septembre 2018.

[2656] *Ibidem*.

[2657] *Ibid*.

[2658] Article 16, §1 de la directive NIS ; Article 12 Loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité (1), JORF n°0048 du 27 février 2018.

[2659] Règlement d'exécution (UE) 2018/151 de la Commission du 30 janvier 2018 portant modalités d'application de la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil précisant les éléments à prendre en considération par les fournisseurs de service numérique pour gérer les risques qui menacent la sécurité des réseaux et des systèmes d'information ainsi que les paramètres permettant de déterminer si un incident a un impact significatif, article 2, pt. 4.

La loi vigilance prévoit également que le programme de *compliance* doit comporter « un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité »[2660]. Les entreprises doivent ainsi prévoir la manière de suivre et d'évaluer la mise en œuvre des actions inscrites dans le plan de vigilance[2661].

De même, l'article 32, § 1, d) du règlement sur la protection des données dispose explicitement que, selon les besoins, doit être mise en place « une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement ».

L'ensemble des lois de *compliance* prévoient donc des dispositifs d'audit internet dont la méthode varie nécessairement en fonction des caractéristiques de chaque assujetti.

439. Les méthodes d'audit interne. L'audit se construit en fonction des thématiques et du périmètre à vérifier, du secteur d'activité de l'entreprise, des moyens humains, financiers, techniques, de la durée, et de bien d'autres facteurs[2662]. La cartographie des risques permet à l'audit d'identifier et de couvrir les zones de risque considérées comme les plus élevés afin de tester l'efficacité des contrôles mis en place[2663], ainsi « *rien n'est plus consternant pour un " patron " d'audit que " d'envoyer ses troupes " auditer une entité sans enjeu majeur en matière de risque alors que dans une autre entité de l'organisation, oubliée dans le programme annuel d'audit, s'est déclaré un sinistre que " ses auditeurs " auraient pu prévenir* » [2664]. Parmi les principaux facteurs à prendre en compte pour organiser un audite anticorruption figurent par exemple la taille et le type d'activité concernée, le volume des affaires développées en lien avec les gouvernements locaux, le recours à des tierces parties, la prise en compte de l'historique et d'incident précédent, au sein du groupe, dans la filiale ou le secteur[2665].

Concernant le dispositif de lutte anticorruption, l'Agence française anticorruption précise que tous les outils du programme de *compliance* doivent être contrôlés : code de conduite, formation, respect des procédures par exemple en lien avec l'évaluation des tiers et des contrôles, cartographie des risques de conformité, adéquation des ressources, besoins, clarté des rôles et responsabilités des acteurs du programme, développement et fonctionnement de la ligne d'alerte, articulation avec les autres programmes existants[2666]. Elle explicite les contrôles à réaliser pour chaque outil. À titre d'exemple l'audit du code de conduite doit comporter un

---

[2660] Art. L. 225-102-4, I, 3° du Code de commerce.

[2661] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, janvier 2020, p. 22.

[2662] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2663] *Ibidem*.

[2664] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *op. cit.,* p. 65.

[2665] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2666] *Ibidem*.

contrôle de la correcte réalisation et de l'efficacité des contrôles de premier et deuxième niveau ; une analyse de la communication, de la diffusion et de l'accessibilité du code de conduite et des politiques et procédures intégrées ou annexées ; une analyse du caractère systémique du dispositif, par exemple, une analyse critique du contenu, notamment des illustrations, du code de conduite au regard des scénarios identifiés dans la cartographie et de l'intégration du contenu du code de conduite dans la formation[2667].

Lors de l'audit d'évaluation du niveau de conformité et de la pertinence du programme interne de conformité au règlement général de protection des données, il y a lieu de vérifier la qualité du registre des activités de traitement : inventaire des données, traitement de données exécutées, identification des données sensibles, objectifs recherchés par les traitements, traitements qui impliquent des tiers, transfert hors Union européenne des données traitées, etc[2668]. L'auditeur devra ainsi s'assurer que l'utilisation de la donnée par le système informatique ne nuit pas, ni dans son usage ni dans sa finalité, à la personne physique : profiling, fichiers stockés en vue d'un usage non défini renseignant des données dites sensibles comme la race, la religion, la donnée biométrique, etc[2669]. Pour ce faire, l'auditeur pourra s'adresser directement au délégué à la protection des données, s'il existe, mais également au représentant légal de l'entreprise et/ou de ses sous-traitants informatiques[2670].

Le rapport d'évaluation de la loi vigilance fait quant à lui le constat de la difficulté d'évaluation du degré d'efficacité des politiques et actions de prévention ou d'atténuation des risques prévues par le plan de vigilance[2671]. Le dispositif de suivi est, en effet, évalué par des indicateurs chiffrés précisant les résultats attendus et obtenus de ces actions, tel que le nombre d'audits effectués ou le nombre de dommages et leur évolution dans le temps, ce qui serait délicat ou peu représentatif, le nombre d'audits effectués, par exemple ne préjugeant pas de leur efficacité[2672]. Des initiatives pluripartites ont ainsi vu le jour pour progresser en mutualisant les expériences acquises par les entreprises dans certains secteurs ou types d'activités[2673]. Le Professeur Hannoun regrette que la loi vigilance ne prévoit pas les modalités d'évaluation du plan de vigilance et préconise une évaluation périodique par un tiers indépendant qui pourrait être, par exemple, une agence de notation extrafinancière[2674]. La question des critères d'évaluation est également posée. Le Professeur Hannoun préconise un appel à l'expertise des

---

[2667] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, p. 43.

[2668] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PARÈGE, *op. cit.*, p. 25.

[2669] *Ibidem*.

[2670] *Ibid*.

[2671] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses* d'ordre, préc., p. 36.

[2672] *Ibidem*.

[2673] *Ibid*, p. 22.

[2674] C. HANNOUN, art. cit.

assureurs « *dans la mesure où ces derniers sont les spécialistes, par excellence, de l'identification des risques* »[2675].

Les travaux à réaliser dans le cadre d'un audit de *compliance* peuvent s'étendre sur une période de deux à trois semaines, et comprend les étapes suivantes : évaluation des zones de risques attestées, travaux préparatoires, travaux sur site, *reporting*, remédiation et suivi[2676]. La planification de l'audit inclut, *a minima*, la mise en place d'un protocole de communication par les responsables de l'audit incluant la transmission d'une notification de l'audit aux filiales concernées et une réunion préalable avec le manager des filiales concernées pour échanger sur l'objectif de l'audit[2677]. La réalisation de l'audit suppose l'obtention d'informations sur l'activité concernée et les risques qui lui sont spécifiques, sur les procédures et contrôles existants, sur des données notamment comptable et financière et sur l'identification des personnes clés avec lesquelles des entretiens seront réalisés. L'audit peut alors inclure des entretiens avec les employés clés, la revue des politiques et procédures mises en place, la revue de l'efficacité des contrôles afférents déployés, la vérification de l'existence de ressources compliance dédiées, le déploiement de formation requise, la revue détaillée des transactions sélectionnées au préalable. Au vu des volumes souvent importants de données, l'utilisation de l'analyse de données sera souvent privilégiée : elle permet en effet d'analyser un grand nombre de données, de mettre en évidence les tendances, les évolutions dans le temps ainsi que les atypismes de certaines opérations. Elle rend par exemple possible le tri des données selon des critères de risque déterminé afin de centrer l'attention sur les transactions qui sortent de la normale et qui nécessitent un approfondissement. La revue de ces transactions permet alors de mettre à jour le programme de *compliance* en identifiant des situations de risque qu'il ne l'avait pas été auparavant ou pour lesquelles l'analyse conduit à observer le non-respect des contrôles en place. L'ensemble des travaux réalisés sont synthétisés et formalisés permettant à l'entreprise de démontrer, en cas de besoin, la proportionnalité des efforts et moyens déployés par rapport aux risques identifiés. Le plan détermine par ailleurs, les ressources de l'audit interne, en quantité et en compétences[2678].

b. Les acteurs de l'audit des programmes de *compliance*

440. Les acteurs de l'audit interne. L'entreprise peut décider de réaliser l'audit de *compliance* en ayant recours à des acteurs internes, ayant des connaissances particulières sur la filiale auditée ou les risques inhérents[2679]. Dans ce cas il est important que, quelle que soit son équipe de rattachement, l'équipe d'audit puisse agir en toute indépendance[2680] et soit légitimée pour accomplir sa mission, d'où l'importance de la lettre de mission, précisant clairement le

[2675] *Ibidem*.
[2676] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.
[2677] *Ibidem*.
[2678] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PARÈGE, *op. cit.*, p. 65.
[2679] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.
[2680] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *op. cit.*, p. 25.

périmètre des travaux et les rôles et responsabilités des acteurs de l'investigation[2681]. Le rapport sur l'évaluation des cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne de 2019 rapporte ainsi que dans plusieurs cas de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme « la troisième ligne (audit interne) semble avoir accordé une priorité insuffisante à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, n'était pas indépendante de la « première ligne » ou ne recevait pas une attention suffisante de la part des instances dirigeantes »[2682]. Les compétences des membres de l'équipe d'audit interne peuvent être complétées en ayant recours à des expertises auprès de la direction juridique pour conseiller l'équipe d'audit sur le respect des lois locales et effectuer une revue des contrats ou encore lorsque la dimension juridique du dossier l'impose[2683].

Certains assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont par ailleurs l'obligation de désigner un responsable du contrôle périodique du dispositif, qui peut être la fonction audit interne, chargé de veiller à la cohérence et à l'efficacité de ce contrôle[2684]. Le rapport établi à la suite d'un contrôle périodique doit être communiqué aux dirigeants, à l'organe de surveillance et, le cas échéant, au comité des risques mentionné à l'article L. 511-89 du Code monétaire et financier[2685]. L'entreprise peut également décider d'avoir recours à un auditeur externe.

441. Les acteurs de l'audit externe. L'entreprise peut aussi, au contraire, décider d'externaliser l'audit auprès de spécialistes du domaine de la *compliance* concernés par l'audit[2686]. En ce qui concerne les audits environnementaux, par exemple, les entreprises ont recours à des bureaux d'études[2687].

La profession des auditeurs s'est dotée d'un Code de déontologie qui définit quatre principes fondamentaux pour une pratique « *éthique* » de l'audit[2688]. Le premier principe est « *l'intégrité* », base de la confiance et de la crédibilité du jugement de l'auditeur : les auditeurs doivent accomplir leur mission avec honnêteté, diligence, responsabilité ; ils doivent respecter la loi et faire les révélations requises par les lois et les règles de la profession ; ils ne doivent pas sciemment prendre part à des activités illégales ou s'engager dans des actes déshonorants pour la profession d'audit interne ou leur organisation ; ils doivent respecter et contribuer aux objectifs éthiques et légitimes de leur organisation[2689]. Le deuxième principe est

---

[2681] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2682] Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, COM(2019) 373 final, p. 6.

[2683] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2684] Arrêté du 6 janvier 2021 relatif au contrôle interne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme précise que les procédures internes, article 16.

[2685] *Ibidem*.

[2686] A. GUTIERREZ-CRESPIN, art. cit.

[2687] V. DE PONTAVICE, art. cit.

[2688] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PAREGE, *op. cit.*, p. 65.

[2689] *Ibidem*.

« *l'objectivité* », qui permet d'évaluer équitablement tous les éléments pertinents examinés relatifs au domaine audité et de ne pas se laisser influencer dans son jugement. Les auditeurs ne doivent donc pas prendre part à des activités ou établir des relations qui pourraient compromettre ou risquer de compromettre le caractère impartial de leur jugement. Ce principe vaut également pour les activités ou relations d'affaires qui pourraient entrer en conflit avec les intérêts de leur organisation ; ils ne doivent rien accepter qui pourrait compromettre ou risquer de compromettre leur jugement professionnel ; ils doivent révéler tous les faits matériels dont ils ont connaissance et qui, s'ils n'étaient pas révélés, auraient pour conséquence de fausser le rapport sur les activités examinées. Le troisième principe repose sur « *la confidentialité* » qui concerne les informations reçues et leurs divulgations. Les auditeurs doivent ainsi utiliser avec prudence et protéger les informations recueillies dans le cadre de leurs activités ; ils ne doivent pas utiliser ces informations pour en retirer un bénéfice personnel, ou d'une manière qui contreviendrait aux dispositions légales ou porterait préjudice aux objectifs éthiques et légitimes de leur organisation. Le dernier principe implique « *la compétence requise pour la réalisation des travaux d'audit* » [2690]. Les auditeurs ne doivent donc s'engager que dans des travaux pour lesquels ils ont les connaissances, le savoir-faire et l'expérience nécessaires ; ils doivent réaliser leurs travaux d'audit interne dans le respect des normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne ; ils doivent toujours s'efforcer d'améliorer leur compétence, l'efficacité et la qualité de leurs travaux. L'efficacité de l'audit interne peut faire l'objet d'une surveillance par le comité d'audit.

442. Le comité d'audit. L'ordonnance du 8 décembre 2008, transposant la directive audit légal[2691], a institué un comité spécialisé ou comité d'audit pour les entités dont les titres sont admis sur un marché réglementé ainsi que pour les établissements de crédit, les entreprises d'assurances et de réassurances, les mutuelles et les institutions de prévoyance. La directive européenne précise que ce comité est chargé de quatre missions, reprises par l'ordonnance de 2008 : le suivi du processus d'élaboration de l'information financière ; le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne, d'audit interne, le cas échéant, et de gestion des risques de la société ; le suivi du contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés ; l'examen et suivi de l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit. Dans son rapport final du 22 juillet 2010 sur les comités d'audit, l'AMF précise que « le comité d'audit veille à l'existence des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, et à leur déploiement (pour détecter d'éventuels dysfonctionnements) et s'assure que les faiblesses identifiées donnent lieu à des actions correctrices. En revanche, il n'intervient pas dans la mise en œuvre

[2690] *Ibid*.

[2691] Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil.

de ce système ». Ce comité agit sous la responsabilité exclusive de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance[2692].

443. Le rôle des dirigeants dans l'audit. En tout état de cause, il apparaît que c'est aux dirigeants d'assumer la responsabilité d'identifier les risques à auditer, la fonction audit ne pouvant être dans ce domaine, comme pour les recommandations en fin de missions, qu'un conseiller[2693]. Pour cela, la fonction audit rencontrera les principaux dirigeants une ou deux fois par an et les experts chargés de l'identification ou de la gestion des risques[2694]. Par ailleurs, le dirigeant peut être tenu d'assurer lui-même les responsabilités du contrôle périodique et permanent. C'est notamment le cas en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dès lors que « la taille, la nature, la complexité ou le volume de l'activité » de l'organisme assujetti aux obligations ne justifient pas de confier les responsabilités du contrôle du dispositif à des personnes différentes. Il assurera alors, sous le contrôle de l'organe de surveillance, la coordination de tous les dispositifs qui concourent à cette mission[2695].

B. Les dispositifs de contrôles particuliers

444. Les dispositifs de contrôles particuliers. Certains dispositifs de contrôles sont propres aux objectifs de *compliance* poursuivis tel que l'évaluation des tiers **(1)** qui constitue « *un instrument puissant non seulement pour la prévention des risques, mais aussi pour la diffusion de la conformité anticorruption à l'extérieur de l'organisation* » [2696] ; ou le contrôle comptable anticorruption **(2)** considéré, depuis la Convention de l'OCDE de 1997, comme le principal instrument de prévention des faits de corruption dans la mesure où la comptabilité permet de *« rendre des comptes* » sur les activités économiques et financières de l'entreprise[2697].

1. L'évaluation des tiers

445. Comme le dit l'adage, « *la résistance d'une chaîne se mesure à son maillon le plus faible* », il est dès lors logique que le programme de *compliance* se préoccupe des risques que font peser les tiers sur l'assujetti aux obligations de *compliance*. L'Agence française anticorruption précise que les évaluations des tiers doivent être distinguées des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle auxquelles sont assujetties les entreprises soumises aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, mais

---

[2692] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 5.

[2693] P. SCHICK, J. VERA, O. BOURROUILH-PARÈGE, *op. cit.*, p. 65.

[2694] *Ibidem*.

[2695] Arrêté du 6 janvier 2021 relatif au contrôle interne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme précise que les procédures internes, article 18.

[2696] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[2697] *Ibidem*.

elles peuvent néanmoins être mises en œuvre à travers un dispositif unique, « pour autant que ce dernier permette de faire ressortir le risque spécifique de corruption »[2698]. Un dispositif unique d'évaluation peut donc être mis en œuvre pour l'ensemble des programmes de *compliance* de l'entreprise, bien qu'il soit nécessaire de distinguer, à l'intérieur de ce dispositif les spécificités des évaluations des tiers relatifs la protection des données personnelles **(a)**, la lutte contre la corruption **(b)**, la loi vigilance **(c)** et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme **(d)**.

a. L'évaluation des tiers pour la protection des données personnelles

446. La relation entre le responsable du traitement et son sous-traitant. Le règlement général européen de protection des données personnelles charge le délégué à la protection des données d'une mission de contrôle du sous-traitant « y compris en ce qui concerne la répartition des responsabilités, la sensibilisation et la formation du personnel participant aux opérations de traitement, et les audits s'y rapportant »[2699]. Le responsable du traitement qui envisage de faire appel à un sous-traitant ne peut donc pas choisir ce dernier sans précautions préalables. Il a le devoir de vérifier que celui-ci « présente des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent règlement et garantisse la protection des droits de la personne concernée »[2700]. Le considérant 81 du règlement européen indique que, par « garanties suffisantes », est visé, entre autres, un contrôle préalable des « connaissances spécialisées », de la « fiabilité » et des « ressources » du sous-traitant. N'étant pas envisagé comme un « *simple exécutant technique* », mais comme un véritable partenaire du responsable du traitement, le sous-traitant est également amené à apporter les « *garanties suffisantes* » démontrant qu'il respectera ses propres obligations en tant que sous-traitant, telles que celles relatives à la sécurité du traitement, à la nomination d'un Délégué à la protection des données, ou à la tenue d'un registre des activités de traitement[2701]. Cette responsabilisation du sous-traitant s'explique en partie, par le fait que le sous-traitant est parfois une entreprise plus importante que le responsable du traitement et, dans ce cas, il peut être le seul à avoir l'expertise suffisante pour assurer une pleine effectivité à la protection des données[2702]. Parmi les obligations dont il est tenu, le sous-traitant doit mettre « *à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour apporter la preuve du respect des obligations prévues et pour*

[2698] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 206.

[2699] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 39.

[2700] *Ibidem*, article 28, §1.

[2701] A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *in* C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) – Analyse approfondie*, Larcier, Collection du CRIDS, 2018, p. 371-405.

[2702] *Ibidem*.

permettre la réalisation d'audits, y compris des inspections, par le responsable du traitement ou un autre auditeur qu'il a mandaté, et contribuer à ces audits »[2703]. Si, durant la collaboration avec ce sous-traitant, le responsable du traitement remarquait que finalement ce dernier ne présentait plus les garanties nécessaires, il serait logiquement contraint de mettre un terme à leur relation contractuelle[2704]. Le responsable du traitement devrait également exiger que l'ancien sous-traitant supprime toutes les données à caractère personnel ou les lui renvoie, et détruise les copies existantes, à moins que le droit de l'Union ou le droit de l'État membre n'exige la conservation de ces données[2705].

447. La question de la sous-traitance en cascade. Dans un monde où les traitements de données sont de plus en plus complexes, il arrive régulièrement qu'un sous-traitant fasse lui-même appel à un ou plusieurs autres sous-traitant pour réaliser les missions qui lui ont été confiées par le responsable du traitement[2706]. Dans ce cas, le sous-traitant initial devra demander l'autorisation préalable, par écrit, du responsable du traitement avant de lui-même recruter un autre sous-traitant[2707]. Cette autorisation peut être spécifique ou générale, mais dans ce second cas, le responsable du traitement doit être informé de tout changement de sous-traitant qui aurait lieu, lui laissant ainsi la possibilité « d'émettre des objections » quant à ces changements[2708]. Malgré l'autorisation accordée par le responsable du traitement, le sous-traitant initial « demeure pleinement responsable devant le responsable du traitement de l'exécution par l'autre sous-traitant de ses obligations » [2709]. Ce sous-traitant de niveau deux est également tenu de respecter l'ensemble des obligations qui incombent aux sous-traitants initiaux[2710]. Cette chaine de responsabilité est également reproduite par la loi Sapin 2.

b. L'évaluation des tiers dans la lutte contre la corruption

448. L'obligation d'évaluation des tiers de la loi Sapin 2. Parmi les risques de corruption auxquels une entreprise est exposée, la loi Sapin 2 met un accent particulier sur les risques dérivant de l'intervention des tiers dans l'organisation : clients, fournisseurs de premier rang, intermédiaires. À cet égard l'Agence française anticorruption souligne que « si elle n'est pas suffisamment vigilante sur l'intégrité des tiers avec lesquels elle est entrée ou envisage

---

[2703] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 28, §3, h.

[2704] A. DELFORGE, art. cit.

[2705] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 28, §3, g.

[2706] A. DELFORGE, art. cit.

[2707] *Ibidem*.

[2708] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 28, §2.

[2709] *Ibid*, article 28, §4, al. 2.

[2710] A. DELFORGE, art. cit.

d'entrer en relation, l'organisation peut se trouver impliquée, plus ou moins directement, dans la commission d'atteintes à la probité susceptibles de ternir sa réputation, d'avoir des conséquences défavorables sur le développement de ses activités, d'engager sa responsabilité ainsi que celle de son instance dirigeante »[2711]. Afin de maîtriser de tels risques, l'article 17 de la loi Sapin 2 intègre au programme de *compliance* « une procédure d'évaluation des clients, fournisseurs de premiers rangs et intermédiaires au regard de la cartographie des risques »[2712] assurant que ces tiers présentent des garanties suffisantes en termes d'intégrité[2713]. L'évaluation des tiers consiste donc à apprécier le risque que fait courir à l'organisation sa relation avec toute personne physique ou morale avec laquelle elle est en relation[2714]. Elle vise notamment à permettre de décider d'entrer ou pas en relation avec un tiers, de poursuivre une relation en cours ou d'y mettre fin[2715].

449. La méthode d'évaluation des tiers. Cette évaluation consiste en un contrôle en trois niveaux. Le contrôle de premier niveau de la procédure d'évaluation des tiers consiste à vérifier en amont de l'entrée en relation avec un nouveau fournisseur : que l'ensemble des documents prévus par la procédure ont été collectés, comme par exemple la liste des bénéficiaires effectifs, ou les réponses à un éventuel questionnaire ; que les recherches nécessaires ont été effectuées ; que l'évaluation est conforme aux éléments analysés ; que la décision d'entrer ou de refus d'entrer en relation a été correctement formalisée[2716]. Le second niveau de contrôle implique : un contrôle régulier de la correcte réalisation des contrôles de premier niveau, sur la base d'un échantillonnage représentatif de dossiers ; une vérification de la mise en place des mesures de vigilance et de leur suivi effectif ; une vérification de la mise à jour des dossiers et notamment suite au renouvellement périodique de l'évaluation ou à un signalement ; le contrôle de la pertinence des mesures de vigilance déployées[2717]. Le contrôle de troisième niveau implique quant à lui le contrôle de la correcte réalisation et de l'efficacité des contrôles de premier et deuxième niveau[2718]. Il est à noter que les auditions menées lors de l'évaluation de la loi Sapin

---

[2711] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 46.

[2712] 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 (1), article 17, II, 4°.

[2713] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[2714] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 47.

[2715] *Ibidem*, pt. 204.

[2716] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, NOR : ECOZ2035293V, JO 12 janvier 2021, pt. 330.

[2717] *Ibidem*.

[2718] *Ibid*.

2 ont régulièrement évoqué la difficulté des assujettis à mettre en œuvre l'évaluation des tiers[2719].

Trois niveaux d'acteurs participent aux évaluations. Le premier niveau est constitué par le personnel en charge des évaluations qui collecte les informations et les documents utiles à l'évaluation des tiers[2720]. Cette collecte peut inclure la consultation de listes internes à l'entreprise ; de sources ouvertes, de documents publics ou à disposition du public comme par exemple des articles de presse, états financiers, décisions de justice lorsqu'elles sont publiées ; les listes des personnes physiques et morales sanctionnées, notamment la liste des personnes exclues des marchés publics financés par la banque mondiale, les banques de développement ainsi que la liste des personnes sous sanctions financières et internationales des ministères économiques et financiers ; des bases de données commercialisées par des prestataires spécialisés ; des informations et des documents collectés auprès du tiers, au moyen par exemple d'un questionnaire, d'un entretien, d'un audit, d'un processus interne d'agrément ou de certification[2721]. Le service conformité apporte son expertise et ses conseils au personnel en charge des évaluations accompagnant notamment le personnel dans l'appréciation des cas les plus risqués[2722]. L'instance dirigeante décide des suites à donner aux cas les plus risqués[2723].

La nature de l'évaluation à réaliser et des informations à recueillir doit être prédéterminée par le profil de risque du partenaire tel que dressé dans la cartographie des risques[2724]. L'Agence française anticorruption précise ainsi que les tiers jugés peu risqués pourront ne pas faire l'objet d'une évaluation ou faire l'objet d'une évaluation simplifiée tandis que les plus risqués nécessiteront une évaluation approfondie[2725]. Cette évaluation permet à l'entreprise d'apprécier des situations individuelles ce que ne permet pas la cartographie des risques[2726]. L'entreprise apprécie le niveau de risque du tiers à partir des informations collectées ; de l'analyse des conditions dans lesquelles s'inscrit la relation, certaines relations comportant un risque aigu de corruption comme, par exemple, le cas d'un tiers ayant pour mission d'assister l'entreprise dans l'obtention de contrats : d'une part, l'entreprise peut inciter le tiers à se livrer à des pratiques non conformes de façon à contourner son dispositif anticorruption et d'autre part, le tiers peut se livrer à de telles pratiques de sa propre initiative, sans que l'entreprise n'en soit informée ;

[2719] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 46 ; v. également AFA, Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise, 30 septembre 2022, p. 3.

[2720] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 212.

[2721] *Ibidem*, pt. 216.

[2722] *Ibid*, pt. 212.

[2723] *Ibid*.

[2724] *Ibid*, pt. 47.

[2725] *Ibid*, pt. 48.

[2726] *Ibid*, pt. 210.

et de facteurs aggravants comme le risque du pays, eu égard notamment à la liste des pays sous sanctions financières et internationales publiée par les ministères économiques et financiers, aux rapports de suivi de l'OCDE concernant la mise en œuvre de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dans les pays signataires, d'enquêtes ou d'indices publiés relatifs à la corruption dans le secteur public, de l'enregistrement du tiers dans un État non coopératif ou dans un pays à législation non équivalente qui peut être défini comme un facteur de risque lors de l'évaluation du niveau de risque du tiers, ou le comportement du tiers, par exemple que le tiers refuse de fournir ou tarde à fournir les informations ou documents demandés peut être considéré comme un facteur de risque lors de son évaluation[2727].

L'Agence française anticorruption fait savoir que les dossiers d'évaluation des tiers doivent être conservés cinq ans après la cessation de la relation d'affaires[2728]. L'entreprise doit, en effet, être en mesure de démontrer les efforts fournis dans son évaluation. Il en va ainsi pour deux sociétés importatrices françaises de litchi, Compagnie fruitière et Greenyard, dans le collimateur du Parquet national financier suite à sa saisie par l'organisation non gouvernementale Transparency International pour corruption et blanchiment dans l'exportation de litchis malgaches vers l'Europe[2729]. Ces entreprises, soumises à la loi Sapin 2, vont devoir notamment démontrer que leur intermédiaire la Litchi Trading Company, une structure commerciale créée à l'île Maurice, pays qui figurait sur la liste des paradis fiscaux de l'Union européenne jusqu'en 2021, qu'elles ont cherché à obtenir des garanties suffisantes d'intégrité sous peine d'engager leur responsabilité. Une chaine de vigilance doit ainsi être créer par la procédure d'évaluation des tiers, également mise en œuvre dans la loi vigilance.

c. L'évaluation des tiers dans la loi vigilance

450. La mise en œuvre de l'évaluation des tiers de la loi vigilance. La loi vigilance intègre également dans son programme de *compliance* « des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie au regard de la cartographie des risques »[2730]. Les filiales et sous-traitants doivent donc être régulièrement évalués sur leur maîtrise des risques identifiés. Cela demande des plans d'évaluations par questionnaires, des formations à l'analyse des risques potentiels, des comptes rendus réguliers des actions de progrès mises en œuvre, etc[2731]. Cette évaluation est toutefois confrontée à plusieurs problèmes. D'abord, au-delà du premier niveau

---

[2727] *Ibid,* pt. 226, 227, 234, 235.

[2728] *Ibid*.

[2729] B. LANGE, « Litchi malgache : deux entreprises françaises au coeur d'une filière soupçonnée de corruption », 5 décembre 2022 : https://outlook.skan1.fr/2022/12/05/litchi-malgache-deux-entreprises-francaises-au-coeur-dune-filiere-soupconnee-de-corruption/.

[2730] Article L. 225-102-4, I, 2° du Code de commerce.

[2731] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, préc., p. 22.

de la chaîne logistique, la traçabilité des entreprises intervenant dans la chaîne de valeur peut s'avérer difficile. À cet égard, le rapport de 2010 du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales des Nations unies préconise de faire appel « *aux conseils appropriés de gouvernements, de spécialistes et/ou de partenaires, d'exercer le devoir de précaution pour cerner les principaux domaines présentant des risques de graves violations des droits de l'homme quand les relations commerciales, dans le cadre de la chaîne logistique, sont liées à un lieu particulier ou une région particulière, ou encore à des produits ou des matériaux particuliers et à des sources d'approvisionnement connues* »[2732]. Le Parlement européen, dans sa résolution du 10 mars 2021 sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, recommande à la Commission d'évaluer et de proposer des outils destinés à aider les entreprises à établir la traçabilité de leurs chaînes de valeur. Il propose ainsi de « passer par les technologies de l'information innovantes, par exemple les chaînes de blocs, qui permettent la traçabilité de toutes les données. Leur développement devrait être encouragé afin de réduire les coûts administratifs et d'éviter les redondances pour les entreprises appliquant leur devoir de vigilance »[2733]. Ensuite, au vu parfois du nombre des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue « une relation commerciale établie », il peut être impossible en pratique d'exiger une couverture complète d'une seule entreprise sur toute sa chaîne d'approvisionnement[2734]. Des relais peuvent alors être organisés tant avec les fournisseurs de rang un ou deux qu'avec les entreprises similaires en France ou à l'étranger[2735]. Une des difficultés tient, toutefois, dans la confidentialité de l'existence des relations commerciales avec tel ou tel sous-traitant dans un pays donné, qui peut être une donnée commercialement sensible[2736]. Des organismes prestataires de services d'audit et d'évaluation des fournisseurs ont ainsi vu le jour depuis plusieurs années, avant même les discussions sur la loi vigilance, au titre de la responsabilité sociétale des entreprises[2737]. Un abonnement permet d'avoir accès aux bases de données et de solliciter des évaluations nouvelles qui seront ajoutées à celles-ci[2738]. Par ailleurs, d'après le rapport d'évaluation de la loi vigilance, « *ce sont les activités et les filières les plus risquées qui doivent faire l'objet d'un traitement approfondi, voire complet, jusqu'à la matière première si nécessaire, par exemple dans l'énergie, l'habillement ou l'alimentation issue de certaines productions agricoles* »[2739]. Cette priorisation, découlant de l'obligation de prévenir les « *atteintes graves* », serait « *cruciale, car il est inenvisageable de redescendre sérieusement toutes les cascades de tous*

[2732] *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, A/65/310, 19 août 2010, p. 9-13, §49, a.

[2733] Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 25.

[2734] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 22.

[2735] *Ibidem*.

[2736] *Ibid*.

[2737] *Ibid*.

[2738] *Ibid*.

[2739] *Ibid*, p. 36.

les fournisseurs (auditer des dizaines voire des centaines de milliers de fournisseurs), sans compter les difficultés intrinsèques à influencer une cascade de sous-traitance »[2740].

451. Les conséquences de l'évaluation des tiers. Les évaluations réalisées permettent à l'instance dirigeante d'apprécier l'opportunité d'entrer en relation avec un tiers, de poursuivre cette relation, le cas échéant avec des mesures de vigilance adaptées, ou de la rompre si elle est déjà engagée[2741]. Le rapport de 2010 du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales des Nations Unies préconise ainsi qu'avant de décider d'une nouvelle relation avec une entité qui commet, de façon avérée, des violations des droits de l'homme, l'entreprise doit déterminer si elle a des chances de pouvoir agir contre ces violations à défaut de quoi « *elle ne devrait pas s'engager dans la relation* »[2742]. De même, si l'entreprise échoue à influer le comportement d'une entité de la chaîne logistique pour faire cesser des violations des droits de l'Homme alors il serait légitime, d'après le même rapport, que cette entreprise mette fin à la relation dès lors que l'entité n'est pas « cruciale » pour l'entreprise[2743]. Des clauses spécifiques peuvent par ailleurs être insérées dans les contrats prévoyant la rupture ou le non-renouvellement de la relation d'affaires en cas de survenance de faits susceptibles de constituer des atteintes à la probité, par exemple, ou de refus de se conformer aux directives de l'entreprise dans ce domaine[2744]. À travers des clauses contractuelles, l'entreprise veille à ce que ses sous-traitants établis dans des pays différents ne méconnaissent pas les droits fondamentaux évitant de voir son image de marque dégradée et sa responsabilité civile ou pénale engagée[2745]. Ces procédures permettent une diffusion de valeurs éthiques au sein du marché par les obligations contractuelles auxquelles l'entreprise soumet ses partenaires[2746]. Lorsque l'assujetti à la *compliance* n'est pas le criminel potentiel, mais le facilitateur, la procédure d'évaluation ne porte plus sur les partenaires commerciaux, mais sur les clients.

d. L'évaluation des tiers dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme

452. L'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle. L'obligation de vigilance consiste à identifier son client au moment de l'entrée en relation d'affaires[2747] et à actualiser

---

[2740] *Ibid*.

[2741] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 50.

[2742] *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, A/65/310, 19 août 2010, p. 9-13, §47, b.

[2743] *Ibidem*, §43.

[2744] v. *supra* pt. 406.

[2745] J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, A.-S. MESTRE-CHAMI, « Dans le prolongement de la RSE - l'objectif distinct de compliance ou conformité - définition et domaine », Le Lamy société commerciales, 132.

[2746] *Ibidem*.

[2747] Article L. 561-6 du Code de commerce.

cette connaissance tout au long de celle-ci[2748]. Le client doit ainsi présenter un document officiel en cours de validité avec une photographie, tandis que les personnes morales doivent communiquer un extrait de registre officiel datant de moins de trois mois et constatant la dénomination, la forme juridique, l'adresse du siège social et l'identité des associés et des dirigeants sociaux[2749]. Les premiers textes internationaux ont toutefois reconnu immédiatement la nécessité d'identifier, au-delà des apparences, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires et des opérations réalisées pour le compte des clients. Le bénéficiaire effectif est défini comme « la ou les personnes physiques : 1° soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée »[2750].

La vigilance exercée est d'intensité variable en fonction de critères de risque identifiés. Elle peut être standard ou avec des mesures de vigilance complémentaires, notamment lorsque la relation se noue en l'absence physique du client ou lorsque le client est une personne politiquement exposée au sens de l'article L. 561-10 du Code de commerce. Elle peut être allégée, notamment pour les clients occasionnels, voire exonérée lorsque le client présente un risque faible au sens de l'article R. 561-15 du Code de commerce. Sont, par exemple, désignées comme telles les institutions assujetties aux règles de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme établies en France ou les sociétés cotées françaises. Cette vigilance peut, enfin, être renforcée, ce qui doit « se traduire par un examen approfondi des opérations de ses clients et notamment de la collecte de pièces justificatives des opérations réalisées »[2751].

Si l'évaluation des tiers varie en fonction de l'obligation de compliance mise en œuvre, la démarche est toutefois la même. L'obligation de lutte contre la corruption présente, en revanche, une procédure qui lui est propre, celle du contrôle comptable.

2. Le contrôle comptable anticorruption

453. Le contrôle comptable anticorruption. Les contrôles comptables consistent à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits d'atteintes à la probité[2752]. L'article 8 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la

[2748] Article L. 561-12 du Code de commerce.
[2749] Article R. 561-5-1 du Code de commerce.
[2750] Article L. 561-2-2 du Code de commerce.
[2751] Décis. ACPR n° 2015-10 du 20 juillet 2016.
[2752] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 70.

corruption préconise que la mise en œuvre de tels contrôles **(a)** soit réalisé par les services de contrôle comptable et financier de la société, ou par les commissaires aux comptes[2753] **(b)**.

a. La mise en œuvre du contrôle comptable anticorruption

454. La réglementation du contrôle comptable anticorruption. La loi Sapin 2 dispose que les programmes de *compliance* que les entreprises mettent en œuvre doivent notamment inclure « des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence ». Le contrôle comptable est, en effet, considéré depuis la convention de l'OCDE de 1997 comme le principal instrument de prévention des faits de corruption en ce qu'il permet de rendre compte de l'activité économique et financière de l'entreprise et donc de porter à l'attention des dirigeants ou des autorités répressives des suspicions de corruption[2754]. Les Recommandations de l'Agence française anticorrupiton du 12 janvier 2021 précise notamment que : (1) ces contrôles comptables anticorruption garantissent in fine le respect des mêmes principes que les contrôles comptables généraux - régularité, sincérité et fidélité des opérations comptables et financières ; (2) visent en particulier à détecter des opérations sans cause ou sans justification, par exemple, paiements en tout ou partie non causés destinés à alimenter des « caisses noires » ; (3) reposent sur les mêmes méthodes que les contrôles comptables généraux, par exemple des contrôles par sondages, par revue de cohérence, par confrontation avec la réalité physique ou par confirmation par un tiers[2755]. L'OCDE précise que ces contrôles doivent être établis au regard des situations à risques mises en évidence dans la cartographie des risques, en complément des contrôles généraux existants[2756].

Constatant que ces contrôles comptables constitue la composante du programme de *compliance* la plus difficile à mettre en place pour les entreprises[2757], l'Agence française anticorruption a élaboré un guide du contrôle comptable avec le concours d'un groupe de travail réunissant le haut conseil du commissariat aux comptes, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, l'Ordre des experts-comptables, l'Association des directeurs financiers et de contrôle de gestion, l'Institut français de l'audit et du contrôle interne. Les contrôles en lien avec la cartographie des risques de corruption y sont ainsi nommés « contrôle comptable anticorruption » précisant qu'ils complètent les contrôles comptables déjà existants

---

[2753] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 150.

[2754] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[2755] Les recommandations de l'AFA - Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 12 janvier 2021, §295 à 299.

[2756] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 150.

[2757] *Ibidem* ; AFA, Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise, 30 septembre 2022, p. 3.

et s'insèrent dans le dispositif de contrôle interne de l'entreprise[2758]. Ces contrôles comptables anticorruption sont donc « les contrôles mis en œuvre afin de maîtriser les situations à risques identifiées dans la cartographie et qui visent à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence »[2759]. Le guide précise par ailleurs que « face aux scénarios de risques identifiés dans la cartographie des risques de corruption, vont être recensées les procédures et les mesures de contrôle interne existantes (y compris contrôles comptables) qui contribuent à réduire le risque détecté. Parmi ces mesures de maîtrise des risques et pour les scénarios de risque se traduisant par des mouvements comptables, pourront être identifiés des contrôles comptables qui seront alors considérés et recensés comme des contrôles comptables anticorruption »[2760]. Le guide prévoit des exemples de « zones de risques de corruption » méritant une vigilance comptable accrue comme « les processus comptables insuffisamment encadrés comme par exemple ceux fonctionnant sur base d'enregistrements manuels ou incluant un nombre limité de contrôles automatisés ou faiblement intégrés avec les systèmes opérationnels en amont (achats, ventes, stocks, notes de frais, etc.) » ou « les processus comptables pour lesquels les contrôles par les tiers extérieurs (commissaires aux comptes, douanes, régulateurs, experts-comptables, etc.) sont limités »[2761].

455. Les méthodes de contrôle comptable anticorruption. Les contrôles comptables anticorruption s'organisent en trois niveaux. Le premier niveau est généralement effectué par les personnes en charge de la saisie et de la validation des écritures comptables[2762]. Ces personnes s'assurent que les écritures sont convenablement justifiées et documentées. Le deuxième niveau est réalisé par des personnes indépendantes de celles ayant procédé aux contrôles de premier niveau et vise à s'assurer de la bonne exécution des contrôles de premier niveau[2763]. Le troisième niveau évalue l'efficacité des procédures de contrôle comptables anticorruption et leur conformité aux exigences de l'entreprise[2764]. Dans ce cadre, ces contrôles de troisième niveau apprécient la pertinence des contrôles comptables au regard des risques identifiés par la cartographie des risques ; la pertinence des ressources allouées aux procédures de contrôles comptables anticorruption ; la méthode d'élaboration de ces contrôles ; l'application et l'efficacité des contrôles de premier et de deuxième niveau[2765].

Le guide de l'Agence française anticorruption relatif au contrôle comptable définit quatre méthodes de contrôle de niveau deux ou trois. Il s'agit notamment de la révision comptable qui consiste à vérifier et justifier le contenu d'un poste comptable du bilan ou du compte de résultat.

[2758] AFA, Guide pratique – Les contrôles comptables anticorruption en entreprise, avril 2022, p. 18, disponible sur le site de l'AFA.
[2759] *Ibidem*, p. 19.
[2760] *Ibid*, p. 20.
[2761] *Ibid*, p. 22.
[2762] *Ibid*, p. 33.
[2763] *Ibid*.
[2764] *Ibid*.
[2765] *Ibid*, p. 33 et 35.

Elle peut inclure des revues de cohérence entre les différents documents comptables, avec des registres extra-comptables ou des pièces justificatives comme par exemple le rapprochement du registre cadeaux avec les écritures comptables[2766]. Elle comprend également la revue de l'imputation comptable adéquate d'une écriture dans le compte afférent, en contrôlant par exemple, que les remises, rabais, et ristournes enregistrées correspondent effectivement à des accords contractuels formalisés et autorisés[2767]. Elle comprend encore l'analyse de période d'enregistrement comptable comme les enregistrements passés pendant des périodes de fermetures ou de congé qui peuvent être propices à la mise en place de systèmes de validation allégés[2768]. Elle peut inclure, enfin, la revue des rapports d'anomalies informatiques, par exemple sur les « rabais remises ristournes » si ce flux est automatisé et que le pourcentage apparaît différent du pourcentage contractuel prévu[2769]. Autre méthode de contrôle indiquée dans le guide, la revue analytique. Elle consiste à s'assurer de la cohérence du montant d'un compte par une méthode de comparaison qui peut par exemple s'effectuer par rapport au même compte sur l'année précédente[2770]. Les écarts significatifs doivent trouver une explication logique, à défaut de quoi une vérification approfondie doit être effectuée[2771]. Cette méthode peut permettre, par exemple, de repérer des prix d'achat supérieurs aux prix observés par rapport aux budgets ou aux exercices précédents et correspondant à une augmentation factice du prix pièce unitaire facturé par un fournisseur dissimulant ainsi le versement de sommes destinées à corrompre[2772]. Le guide évoque ensuite la méthode du contrôle par sondage permettant d'apprécier la conformité d'un échantillon d'opération comptable dont la sélection est basée sur des critères spécifiques en lien avec la cartographie des risques[2773]. La quatrième méthode est celle de l'analyse des comptes par confrontation à la réalité physique qui permet de réconcilier le solde d'un compte par comparaison avec des quantités physiques[2774].

456. La formalisation du contrôle comptable anticorruption. Le guide de l'Agence française anticorruption relatif au contrôle comptable anticorruption précise que les modalités du contrôle sont formalisées au sein d'une procédure rappelant notamment l'objet et le périmètre des contrôles ; les rôles et responsabilités dans la mise en œuvre des contrôles de niveau un, deux et trois ; les critères éventuels de seuils devant entraîner un contrôle ; les modalités d'échantillonnage des opérations à contrôler, le cas échéant ; la définition d'un plan de contrôle qui peut inclure, suivant les niveaux de risque identifiés, des contrôles systématiques et des contrôles par rotation, ainsi que leur temporalité ; les modalités de gestion des anomalies[2775]. La procédure doit également préciser les modalités de formation, de

[2766] *Ibid*, p. 28.
[2767] *Ibid*.
[2768] *Ibid*.
[2769] *Ibid*.
[2770] *Ibid*.
[2771] *Ibid*.
[2772] *Ibid*, p. 29.
[2773] *Ibid*, p. 29.
[2774] *Ibid*, p. 30.
[2775] *Ibid*, p. 35.

traçabilité et d'archivage des contrôles réalisés[2776]. Elle peut notamment préciser le niveau de documentation attendu des différents contrôles mis en place.

457. Le traitement des anomalies du contrôle comptable anticorruption. L'Agence française anticorruption précise que la détection d'une anomalie au terme du deuxième niveau de contrôle doit donner lieu à la définition d'actions correctives dans le cadre d'un plan d'action, tandis que la détection d'anomalie au terme du troisième niveau de contrôle doit donner lieu à un rapport présenté à l'instance dirigeante qui peut notamment diligenter une enquête interne en cas de soupçons de faits de corruption[2777]. La révélation d'anomalies peut également permettre d'alimenter la cartographie des risques, le code de conduite et les formations dédiées à la prévention de corruption[2778]. En tout état de cause, les instances dirigeantes doivent en être informé.

b. Les acteurs du contrôle comptable anticorruption

458. Le contrôle comptable anticorruption interne. Un grand nombre de départements de l'entreprise sont garants de la bonne application du dispositif. L'instance dirigeante valide formellement la cartographie des risques et le plan d'action, elle a donc connaissance des actions comptables associées [2779]. Son rôle est de s'assurer de la réalisation des plans d'actions et d'affecter à cette fin les moyens nécessaires à leur réalisation[2780]. Par ailleurs, elle est informée des résultats des audits internes intervenant au niveau 2 et 3 du contrôle ainsi que des rapports des commissaires aux comptes[2781]. Le responsable de la conformité est le « pilote » du dispositif de prévention[2782]. À ce titre, il liste, pour chaque scénario de risque détecté, les contrôles comptables existants et ceux à mettre en place ; il formalise la procédure de contrôle comptable ; il réalise certains contrôles de niveau deux, par exemple le rapprochement entre le registre des cadeaux et invitations offerts et le compte comptable cadeaux et invitations[2783]. Pour réaliser sa mission, il travaille en étroite collaboration avec la direction financière et l'audit interne[2784]. La direction comptable et financière participe à la mise en place et à la conception de nouveaux contrôles comptables anticorruption et réalise des contrôles de premier et second niveau[2785]. Le service d'audit interne quant à lui mène les contrôles de niveau trois qui visent à évaluer l'efficacité des procédures de contrôle comptables anticorruption et leur conformité aux exigences de l'entreprise[2786]. Les experts-comptables constituent une ressource de conseil sur

---

[2776] *Ibid*, p. 35.
[2777] *Ibid*, p. 40.
[2778] *Ibid*.
[2779] *Ibid*, p. 36.
[2780] *Ibid*.
[2781] *Ibid*.
[2782] *Ibid*.
[2783] *Ibid*.
[2784] *Ibid*.
[2785] *Ibid*.
[2786] *Ibid*.

le respect des règles et normes comptables et notamment sur la mise en place de procédures destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption[2787].

459. Le contrôle comptable anticorruption externe. La loi Sapin 2 prévoit par ailleurs que les contrôles comptables peuvent être réalisés par des acteurs externes à l'entreprise et notamment « en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du Code de commerce »[2788]. Aux termes de l'article L. 823-9 du Code de commerce, « les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet exercice ». À l'occasion de ces vérifications, les commissaires aux comptes participent à la détection de la corruption et doivent par ailleurs révéler au Procureur de la République les faits délictueux, y compris les faits de corruption, dont ils ont connaissance au cours de leur mission[2789]. L'entreprise peut choisir de solliciter son commissaire aux comptes afin de réaliser le contrôle comptable anticorruption en complément de sa mission de certification et notamment de tester l'efficacité des contrôles comptables anticorruption mis en place par l'entreprise, la conformité des contrôles mis en œuvre au référentiel de contrôle défini par l'entreprise, identifier les forces et faiblesses du contrôle interne, formuler des recommandations visant à améliorer le contrôle interne[2790]. Le commissaire aux comptes doit toutefois pouvoir justifier qu'il a analysé les risques susceptibles de compromettre son indépendance pour exercer sa mission et le cas échéant, qu'il a pris les mesures appropriées pour que son indépendance soit préservée[2791].

460. Conclusion §1. La convergence des outils d'évaluation des programmes de *compliance*. Les outils d'évaluation des programmes de *compliance* sont globalement communs à toutes obligations de *compliance*. Il s'agit de les adapter dans leurs modalités aux différentes obligations de *compliance*. L'évaluation des tiers est l'outil le plus difficile à mettre en œuvre pour les entreprises, mais il permet l'établissement d'une chaine de vigilance à l'efficacité redoutable. En cas de défaillance de ces systèmes de surveillance, l'entreprise doit pouvoir compter son système d'alerte interne.

§2. LE DISPOSITIF D'ALERTE

461. Le dispositif d'alerte interne, élément constitutif du programme de *compliance*. Le dispositif d'alerte constitue un élément incontournable du programme de *compliance*. La loi

[2787] *Ibid*.
[2788] Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016, article 17-II, 5°.
[2789] *Ibid*, p. 38.
[2790] *Ibid*, p. 38.
[2791] *Ibid*, p. 39.

Sapin 2 impose, par exemple, la mise en œuvre d'« un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société »[2792]. Pareillement, la loi vigilance impose la mise en place d'« un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société »[2793] : quinze pour cent des entreprises auraient ainsi développées des mécanismes d'alerte spécifiques[2794]. Ceux-ci font l'objet d'une réglementation commune.

462. La genèse de la réglementation du dispositif d'alerte. La procédure d'alerte professionnelle puise ses origines au sein du système américain depuis la promulgation le 30 juillet 2002 du *Sarbanes Oxley act* qui fait suite aux scandales financiers liés à la manipulation de données comptables de groupes importants tels qu'Enron et Worldcom[2795]. Les pertes pour les investisseurs ont été considérable et ont nécessité un rétablissement de la confiance du système financier, justifiant l'obligation pour les entreprises cotées en bourse aux États-Unis d'instituer un dispositif d'alerte professionnel en cas de fraude.

Sur le plan national la consécration du statut du lanceur d'alerte a été plus tardive. Si des mécanismes de signalement existaient déjà, notamment en matière pénale, de droit du travail, de sécurité sanitaire ou d'environnement, le Conseil d'État a souligné la nécessité d'adopter une définition commune du lanceur d'alerte afin de renforcer l'efficacité de ces dispositifs sectoriels[2796]. C'est l'objet de la loi Sapin 2 qui définit le lanceur d'alerte et prévoit un régime de protection. Il s'agit alors de créer une procédure sûre, accessible et structurée afin d'encourager et de protéger celui qui dénonce un dysfonctionnement. Il s'agit également d'encadrer cette dénonciation afin d'« *éviter l'écueil particulièrement dangereux de nous appuyer sur la seule volonté individuelle pour régler nos problèmes collectifs, car faire reposer la viabilité des organisations publiques et privées uniquement sur une image de chevalier blanc désintéressé n'est pas un gage de bonne santé pour notre fonctionnement démocratique* »[2797]. L'attraction du lanceur d'alerte fait, par ailleurs, l'objet d'une concurrence législative entre les pays. Il s'agit, en effet, d'une question stratégique puisque celui qui recueille l'alerte est celui qui a l'information et peut se saisir de l'affaire : le Parquet national financier est en concurrence

[2792]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 (1), article 17, II, 2°.

[2793] Article L. 225-102-4, al. 4, 4° du Code de commerce inséré par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 1.

[2794] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc. p. 22.

[2795] A. MAYMONT, *op. cit*., p. 116.

[2796] C. LE CORRE, « Réflexions pratiques sur la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle », *RLDA*, 1er avril 2017, n° 125.

[2797] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo Bernalicis et plusieurs de ses collègues visant à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte (2591), n° 2740, 12 mars 2020, Compte rendu des débats.

avec le *Department of justice* sur ce point[2798]. À cet égard, le *Department of justice* dispose d'un argument attractif supplémentaire puisque les États-Unis rémunèrent le lanceur d'alerte entre dix et trente pour cent du montant de l'amende[2799]. La France s'y refuse s'accrochant à l'idée qu'un lanceur d'alerte est « *un héros, mu par son sens du devoir moral » et non un vulgaire « chasseur de prime* »[2800]. C'est ainsi que certains ont choisi de lancer l'alerte aux États-Unis plutôt qu'en France, par exemple dans l'affaire Areva. Les cabinets américains font par ailleurs, « leur marché » en France proposant de lancer l'alerte aux États-Unis en prenant en charge tous les frais, ils se rémunèrent par la suite en touchant un pourcentage de la prime gagnée par le lanceur d'alerte[2801]. En l'absence de rémunération, l'attraction du système européen et notamment français joue sur sa capacité à protéger le lanceur d'alerte. À cet égard, le constat réalisé par le rapport d'information du 7 juillet 2021 présenté par Messieurs les députés Gauvain et Marleix, sur l'évaluation de l'impact de la loi du 9 décembre 2016, est qu'en dépit des garanties élevées pour les lanceurs d'alerte que contient le régime créé par la loi du 9 décembre 2016, la protection et l'accompagnement des auteurs de signalement restent faibles en pratique[2802]. Ce rapport a proposé en conséquence de consolider le régime des lanceurs d'alerte à l'occasion de la transposition de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. Ces dernières doivent répondre à un certain nombre de conditions légalement déterminées **(A)** afin de bénéficier du régime protecteur attaché à la qualité de lanceur d'alerte **(B)**.

A. Les conditions de la protection du lanceur d'alerte

463. Les conditions de la protection du lanceur d'alerte. Pour bénéficier de la protection attachée au statut de lanceur d'alerte il faut non seulement répondre à la définition qu'en donne la loi **(1)**, mais également respecter la procédure de signalement définie par celle-ci **(2)**.

1. La définition légale du lanceur d'alerte

464. Le domaine de l'alerte couvert par le statut protecteur légal. Le lanceur d'alerte dispose d'un statut protecteur à la condition d'entrer dans la définition de la loi Sapin 2. Le lanceur d'alerte y est définit comme « une personne physique qui signale ou divulgue, sans

---

[2798] Audition de Frédéric PIERUCCI, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian du jeudi 4 mars 2021 par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[2799] A. LAIDI, *Le droit, nouvelle arme de guerre économique. Comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, p. 249.

[2800] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », février 2022, disponible en ligne.

[2801] Audition de Frédéric Pierucci, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian du jeudi 4 mars 2021 par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[2802] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n° 404001.

contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement »[2803]. La directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 précise que sont concernées les violations d'actes de l'Union précisément énumérés dans l'annexe, qui sont relatifs à dix domaines juridiques tel que les marchés publics ou la sécurité et conformité des produits, ainsi que les violations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ou relatives au marché intérieur[2804]. La protection n'est pas limitée aux actes commis en méconnaissances du droit de l'Union européenne, comme le prévoit la directive, mais également aux actes contrevenants au droit national, international et aux menaces pour l'intérêt général conformément aux recommandations de la Commission nationale consultative des droits de l'homme[2805].

Ces informations doivent avoir été obtenu dans le cadre de leurs activités professionnelles[2806] ou, à défaut, « le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance »[2807]. Ces informations sont « définies largement : elles peuvent porter sur des faits avérés ou sur des " soupçons raisonnables " et concerner des " informations sur des violations " qui se sont produites ou sont " très susceptibles " de se produire dans l'organisation où l'intéressé travaille ou dans une organisation avec laquelle il est en contact professionnel, ou encore des tentatives pour dissimuler de telles violations »[2808]. Le Conseil d'État alerte ainsi sur le risque de détournement du dispositif de protection que pourrait entrainer l'ouverture de la procédure à des signalements portant sur des « soupçons raisonnables » ou des « violations seulement potentielles »[2809].

La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a supprimé l'obligation pour le lanceur d'alerte d'agir de manière désintéressée. En effet, Monsieur Bernalicis fait état dans son rapport de l'incapacité du « *caractère désintéressé de l'alerte* » à protéger des personnes dénonçant des faits entrant dans

---

[2803] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 1, I modifiant 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 (1), article 6, al. 1.

[2804] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n°404001, p. 2.

[2805] Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme du 24 septembre 2020 relatif à la transposition de la directive communautaire relative à la protection des lanceurs d'alerte du 7 octobre 2019, devant être transposée avant le 17 décembre 2021.

[2806] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 3, I, 2° modifiant 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 (1), article 8, I, A.

[2807] *Ibidem*, article 1, I modifiant 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 (1), article 6, al. 1.

[2808] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n°404001, p. 3.

[2809] *Ibidem*, p. 4.

le champ de l'alerte éthique lorsqu'elles sont, par exemple, en conflit avec leur employeur, alors même que serait constatée, à la suite de leur signalement, une grave violation à la loi[2810]. Cette condition est, par ailleurs, systématiquement évoquée par les parties défenderesses lors de « *procédures bâillon* » pour mettre en cause l'auteur du signalement et fragiliser l'alerte[2811]. Enfin, elle n'apparaît pas compatible avec le considérant 32 de la directive européenne selon lequel « les motifs amenant les auteurs de signalement à effectuer un signalement devraient être sans importance pour décider s'ils doivent recevoir une protection ». La Commission a, en revanche, maintenue l'obligation d'être de bonne foi. Cette référence à la bonne foi vise à s'assurer que les signalements ne soient pas des « *leurres destinés à lancer de fausses informations contre une entreprise ou un collaborateur et à toucher à sa réputation impunément et sur des bases inexactes* »[2812]. Outre la nature de l'information, la personne elle-même du lanceur d'alerte est soumise à certaines conditions pour bénéficier du statut protecteur.

465. La personne couverte par la protection statutaire. La protection est étendue aux facilitateurs[2813], aux personnes physiques en lien avec un lanceur d'alerte[2814] et aux entités juridiques contrôlées par un lanceur d'alerte[2815] conformément au point 4 de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019. Cette extension aux personnes morales corrige l'abrogation de l'article 1er de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 par la loi Sapin 2. Cet article qui fondait le droit d'alerte en matière de santé et d'environnement reconnaissait déjà ce statut aux personnes morales en cas de signalement « de bonne foi [portant sur] une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement ». Le rapport de Monsieur Bernalicis établit ainsi que cette abrogation « *a conduit ainsi à méconnaître les spécificités de l'alerte en matière sanitaire et environnementale, qui peut davantage être le fait d'associations* »[2816]. Cette extension aux personnes morales vise, par ailleurs, à remédier à l'isolement du lanceur d'alerte en protégeant notamment les associations et syndicats qui peuvent aider les lanceurs d'alerte palliant ainsi la fragilité de la personne

---

[2810] *Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS et plusieurs de ses collègues visant à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte* (2591), n° 2740, 12 mars 2020.

[2811] *Ibidem*.

[2812] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 22.

[2813] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 2 : « 1° Facilitateurs, entendus comme toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation dans le respect des articles 6 et 8 ».

[2814] *Ibidem* : « 2° Personnes physiques en lien avec un lanceur d'alerte, au sens des mêmes articles 6 et 8, qui risquent de faire l'objet de l'une des mesures mentionnées au II de l'article 10-1 dans le cadre de leurs activités professionnelles de la part de leur employeur, de leur client ou du destinataire de leurs services ».

[2815] *Ibid* : « 3° Entités juridiques contrôlées, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par un lanceur d'alerte au sens des articles 6 et 8 de la présente loi, pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel ».

[2816] *Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS*, préc.

physique[2817]. Dans cette optique, la « *class action* » a également constitué une piste de réflexion suggérée à la commission d'évaluation de la loi Sapin 2[2818] sur le modèle de la pratique américaine. Elle a notamment pour avantage de ne pas exposer une seule personne, mais également de constituer un poids plus important face aux pratiques dénoncées. Le groupe pétrolier Petrobras a par exemple accepté de verser deux milliards quatre-vingt-cinq mille dollars pour éteindre une *class action* déposée à New York par des investisseurs ayant subi des pertes importantes du fait de la forte dépréciation des titres groupes entrainée par le scandale de corruption.

466. L'incertitude du bénéfice statutaire. Le lanceur d'alerte est toutefois fragilisé par l'incertitude qui pèse quant au bénéfice de la protection du statut légal accordée par le juge au terme de la procédure judiciaire. Pour pallier cette fragilité, la directive envisage la possibilité pour l'État de prévoir un mécanisme de certification pour les personnes bénéficiant du régime de protection des lanceurs d'alerte[2819]. L'objet de cette certification est d'assurer le lanceur d'alerte, préalablement à son alerte, qu'il bénéficiera de toutes les protections prévues par la loi. Cette certification pourrait, en outre, permettre au lanceur d'alerte de bénéficier d'un renversement de la charge de la preuve dans les procédures nationales en matière administrative, civile ou de sociale[2820]. Fort de cette certification, le lanceur d'alerte ne sera plus dans l'incertitude qui est aujourd'hui la sienne jusqu'à la fin de la procédure judiciaire.

2. Les conditions procédurales de la protection du lanceur d'alerte

467. Les conditions procédurales de la protection du lanceur d'alerte. La procédure de signalement définie par la loi doit être respectée par le lanceur d'alerte pour bénéficier du régime protecteur qui y est attaché. À l'origine, le dispositif privilégiait l'alerte interne **(a)** en l'imposant préalablement à toute alerte externe **(b)**. Il s'agissait d'accorder le privilège à l'entreprise de disposer en priorité de l'information, celle-ci lui permettant de « *décider au mieux de ses intérêts* » et de « *concevoir au mieux une stratégie qui lui soit propre* »[2821]. L'entreprises, seule bénéficiaire de l'information, est ainsi inciter à en faire bon usage en remédiant elle-même à la situation d'alerte en toute discrétion. En sus de privilégier l'entreprise, il s'agissait de « *responsabiliser le lanceur qui ne peut pas s'en servir pour sa propre réputation* »[2822]. L'alerte interne est toutefois susceptible d'exposer le lanceur d'alerte à des

[2817] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n°404001, p. 6 ; Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, JORF n° 0242 du 4 octobre 2020, Texte n° 77, pt. 8.

[2818] Audition de M. Éric ALT, vice-président de l'association ANTICOR du jeudi 28 janvier 2021 par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[2819] Directive européenne 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, article 20, §1, b.

[2820] Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, recommandation n° 13, pt. 39.

[2821] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », préc.

[2822] R.-M MELIK PARSADANIANTZ et J. CHUILON-CROLL, « Réputation et compliance, quels enjeux ? », *RJSP* janvier 2019, n° 16, 7.

représailles et peut permettre à l'entité concernée d'effacer les preuves ou de dissimuler les actes perpétrés[2823]. En conséquence, la simplification de la procédure de signalement de la directive européenne qui permet au lanceur d'alerte de choisir entre alerte interne ou externe est louée par la majorité des auteurs[2824]. En dernier recours, le lanceur d'alerte peur toujours révéler publiquement l'alerte **(c)**.

a. L'alerte interne

468. Les bénéficiaires de l'alerte interne. À l'origine réservé par l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 aux membres du personnel et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels, l'article 3 de la loi du 21 mars 2022 élargie la liste des personnes pouvant procéder aux signalements en incluant notamment les détenteurs de capital social, les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ainsi que les membre du personnel et de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance des contractants, sous-traitants et fournisseurs.

469. Le destinataire de l'alerte. Le signalement peut être porté « à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci »[2825] via le dispositif d'alerte mis en place par l'entreprise. La gestion du dispositif d'alerte peut être réalisé au sein de l'organisation. Dans ce cas, l'Agence française anticorruption précise que le dispositif interne doit prévoir la désignation d'un référent pour recueillir les alertes et d'un référent en charge de leur traitement[2826]. Elle conseille à cet égard, la mise en place d'un comité pour une prise de décision collégiale des suites à réserver aux alertes[2827]. Ce comité intégrerait des personnes qualifiées soumises à des obligations de confidentialités. La gestion du dispositif peut également être sous-traité à un tiers[2828]. Le responsable de traitement qui souhaite avoir recours à un sous-traitant doit veiller à ne faire appel qu'à des organismes présentant des garanties suffisantes[2829]. Un contrat définissant les caractéristiques du traitement ainsi que les différentes obligations des parties en matière de protection des données doit être

---

[2823] G. BEAUSSONIE, « Un nouveau calibrage pour le lancement d'alerte », *RSC* 2022. 881.

[2824] *Ibidem* ; Frison-Roche, M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale, document de travail », préc.

[2825] 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 (1), article 8, I, al. 1.

[2826] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 55.

[2827] *Ibidem*, pt. 280.

[2828] *Ibid*, pt. 55.

[2829] CNIL, Référentiel relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles, 10 décembre 2019, p. 7.

établi entre elles[2830]. L'avis des organisation syndicales doit sur ce point être recueilli en application de la loi vigilance.

470. La consultation des organisations syndicales. Le mécanisme d'alerte et de recueillement des signalements constitue le seul point de la loi vigilance sur lequel les organisations syndicales sont obligatoirement consultées[2831]. Le parlement européen y a vu un moyen de participation plus large des parties prenantes permettant « de faire des suggestions sur la manière dont l'entreprise concernée pourrait faire face aux incidences négatives potentielles et réelles. Ils devraient également être en mesure de proposer une solution appropriée lorsqu'il est porté à leur connaissance, par le biais d'une médiation, que l'entreprise a causé une incidence négative ou y a contribué »[2832]. La loi ne précise pas, toutefois, les modalités de cette participation, si bien que certaines entreprises se contentent d'envoyer leur proposition, considérant qu'informer suffit à associer[2833]. Cette consultation obligatoire des organisations syndicale a été étendue, au de-là du dispositif d'alerte de la loi vigilance, à la constitution de tout dispositif d'alerte, la loi du 21 mars 2022 précisant que le dispositif est mis en place « après consultation des instances de dialogue social »[2834].

471. La forme du dispositif d'alerte interne. L'Agence française anticorruption précise que ce dispositif doit « être adapté à la nature des risques de l'organisation et permettre à l'auteur de l'alerte d'effectuer de bonne foi son signalement, ainsi que de garantir sa protection »[2835]. Le dispositif doit donc être adapté à la structure et la culture de l'entreprise[2836]. Une attention particulière doit ainsi être apportée au caractère national ou supranational du dispositif. Dès lors que la société concernée est également implantée à l'étranger, le dispositif d'alerte doit en effet tenir compte des législations locales, notamment en matière de protection

---

[2830] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 28.

[2831] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre,* préc., p. 22.

[2832] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)).

[2833] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 36.

[2834] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 3 modifiant l'article 8, I, B 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 (1).

[2835] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 54.

[2836] C. LE CORRE, art. cit.

des données personnelles. Le dispositif doit donc être abordées à l'aune des particularités de l'entreprise concernée, afin de définir un dispositif d'alerte cohérent et opérationnel.

Le dispositif peut prendre plusieurs formes telle qu'une adresse électronique dédiée, un logiciel de gestion ou une plateforme spécifique. Il s'agit souvent de mettre en place une plateforme de traitement des alertes, qui doit prévoir les catégories de cas signalés et leur tri, puis un aiguillage vers des responsables dûment habilités et suffisamment neutres pour assurer un traitement impartial[2837]. Le mécanisme peut présenter des difficultés opérationnelles dans des pays où sont utilisées différentes langues et où une partie de la population ne maîtrise pas l'écrit ou les outils numériques[2838]. Certaines entreprises ont donc ouvert des lignes téléphoniques locales directes pour permettre un signalement anonyme et discret[2839].

Les travaux de sociologie ont par ailleurs mis en évidence l'influence de trois facteurs sur les activités de signalement[2840]. D'abord, celui qui perçoit la déviance doit se sentir concerné et en capacité d'agir. Il peut estimer que « ce n'est pas son affaire » et qu'il existe des personnes mieux placées pour agir. Ces réticences morales sont exacerbées en France pour des raisons historiques liant révélation et délation. Ensuite, le sentiment d'inutilité du signalement et la crainte de rétorsion peuvent également freiner la révélation. Enfin, l'identification d'un destinataire compétent à qui s'adresser est nécessaire au lancement de l'alerte. Face à ces facteurs, l'information des personne susceptibles de lanceur l'alerte est primordiale. La directive européenne souligne ainsi que les employeurs privés et publics doivent mettre à disposition des informations « claires et facilement accessibles […]. Par exemple, ces informations pourraient être affichées dans un endroit visible accessible à toutes les personnes et sur le site internet de l'entité, et pourraient également être intégrées aux cours et aux séminaires de formations sur l'éthique et l'intégrité »[2841]. L'Agence française anticorruption recommande quant à elle de présenter le dispositif d'alerte dans le code de conduite ou sur son site internet, mais également dans le cadre des actions de sensibilisation du personnel[2842]. La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a proposé, par ailleurs, d'insérer cette obligation d'information dans l'article 8 de la loi Sapin 2[2843]. La communication sur la mise en place d'une « bonne » ligne d'alerte éthique

---

[2837] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 22.

[2838] *Ibidem*, p. 36.

[2839] *Ibid*.

[2840] P. LASCOUMES et C. NAGELS, *op. cit*., p. 66.

[2841] Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, cons. 59.

[2842] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 280.

[2843] Rapport sur la proposition de loi visant à la protection effective des lanceuses et des lanceurs d'alerte (n° 2600) et à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte (n° 2591), 4 mars 2020.

par l'entreprise peut permettre d'éviter que le lanceur d'alerte se tourne vers les autorités nationales. Il s'agit pour l'entreprise de « *capter toutes les alertes* »[2844] en développant la confiance du lanceur d'alerte dans le dispositif mis en place par l'entreprise. Il faut donc promouvoir le dispositif par une communication précise, mettant en avant le processus de recueil des alertes, le principe de protection du lanceur d'alerte et l'indépendance du responsable du recueil des alertes[2845].

472. L'instruction de l'alerte. La phase d'instruction d'une alerte est entendue comme la période qui débute par la réception de l'alerte par l'organisme, et qui se termine par la prise de décision quant aux suites a réservées à celle-ci. En premier lieu, l'entreprise doit s'assurer que le traitement mis en œuvre réponde « à un objectif précis » et soit « justifié au regard des missions et des activités de l'organisme »[2846]. Le dispositif doit être mis en œuvre afin de recueillir et traiter des alertes visant à révéler un manquement à une règle spécifique. Il peut ainsi viser à répondre aux exigences de l'article 8, III de la loi Sapin 2 visant à permettre aux « membres du personnel et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels » d'un organisme, de signaler : un crime ou délit ; une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ; une violation grave et manifeste d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un engagement international régulièrement ratifié ; une violation grave et manifeste de la loi ou du règlement ; une menace ou préjudice graves pour l'intérêt général, dont l'émetteur de l'alerte a eu personnellement connaissance. Il peut encore viser à répondre aux exigences de l'article 17, II, 2° de la loi Sapin 2 en permettant le recueillement des signalements émanant des « employés » de l'organisme concerné relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société et susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Il peut enfin viser à répondre aux exigences de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce en permettant le recueillement des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ou à l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. La CNIL précise que « les informations recueillies pour l'une de ces finalités ne peuvent pas être réutilisées pour poursuivre un autre objectif qui serait incompatible avec la finalité première. (…) Les traitements mis en œuvre ne doivent pas donner lieu à des interconnexions ou échanges autres que ceux nécessaires à l'accomplissement des finalités ci-

[2844] E. PITRON et K. COURTEAUT, « Intelligence économique et compliance : oxymore ou prétérition ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, avril 2019, n°2, 69.

[2845] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 12, 13, 14.

[2846] CNIL, Référentiel relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles, 10 décembre 2019, p. 3.

dessus énoncées »[2847]. Le traitement doit donc être fondé sur une base légale et lorsque le traitement poursuit plusieurs finalités, chacune d'elle doit reposer sur une base légale qui peuvent être distinctes entre elles. L'entreprise soumise à la loi Sapin 2 et au devoir de vigilance peut ainsi mettre en place un traitement d'alerte commun. Il appartient au responsable de traitement de déterminer ces bases légales avant toute opération de traitement[2848].

En deuxième lieu, l'entreprise doit mettre en œuvre une procédure de vérification de l'alerte afin d'évaluer la recevabilité de l'alerte ainsi que l'opportunité de mener une enquête interne[2849]. Soulignons que le déclenchement systématique d'une enquête à chaque alerte n'est pas recommandé[2850]. Une enquête interne non proportionnée aux faits allégués exposerait l'entreprise à un risque inutile de mise en cause de sa responsabilité en matière de données personnelles[2851]. S'il s'avère que l'alerte est recevable et pertinente, des investigations plus approfondies doivent être menées[2852]. La mise en œuvre de la procédure de vérification suppose de définir préalablement les conditions de recevabilité et du traitement de l'alerte anonyme. Il s'agit notamment de définir sous quelles conditions l'entreprise accepte de recueillir les alertes anonymes, par exemple en présence de faits détaillés et d'une gravité particulière. La fiabilité de l'alerte sera établie au regard des documents apportés à l'appui des faits dénoncés. À cet égard, l'Agence française anticorruption précise que le dispositif interne doit prévoir les modalités selon lesquelles l'auteur de l'alerte fournit les informations ou documents à l'appui de son alerte, les modalités selon lesquels il est informé de la réception, de la recevabilité et du traitement de l'alerte[2853]. Dans un premier temps, il lui revient donc d'y apporter une réponse immédiate[2854]. Il est ainsi souhaitable d'envoyer à l'émetteur de l'alerte, un courriel accusant réception de son signalement[2855]. Ce courriel est également l'occasion de lui rappeler la protection légale entourant son alerte ainsi que ses droits portant sur ses données personnelles[2856].

Les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements doivent ainsi garantir la confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées et des informations recueillies[2857]. En cas de faits d'une particulière gravité, l'entreprise peut évoquer

---

[2847] *Ibidem*, p. 4.

[2848] *Ibid*.

[2849] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, « Comment mener une enquête interne ? », *JCP E* 6 janvier 2022, n°1, 1003.

[2850] *Ibidem*.

[2851] *Ibid*.

[2852] *Ibid*.

[2853] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 60.

[2854] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

[2855] *Ibidem*.

[2856] *Ibid*.

[2857] 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 (1), article 9, I, al. 1.

les faits révélés et l'existence d'une enquête interne auprès des instances représentatives du personnel, sous réserve de préserver l'anonymat de l'auteur de l'alerte et de la personne visée. À défaut, la divulgation est punie de deux ans d'emprisonnement et de trente mille euros d'amende[2858]. Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent donc être divulgués qu'avec son consentement ou qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte[2859]. Dans le cas où les personnes chargées du recueil ou du traitement des signalements sont tenues de dénoncer les faits à l'autorité judiciaire, le lanceur d'alerte en est informé, à moins que cette information ne risque de compromettre la procédure judiciaire[2860].Cette garantie de confidentialité protège les lanceurs d'alerte, d'une part, afin d'éviter tout risque de représailles ou de pression, et, d'autre part, au nom du respect de la présomption d'innocence. À cet égard, la fausse affaire d'espionnage industriel Renault en 2011 a marqué les esprits quant à l'effet boule de neige d'une dénonciation anonyme reprise sans vérification du bien fondé des allégations, et quant aux conséquences dramatiques pour les personnes vissées à tort[2861]. Ces mesures de protection de l'identité du lanceur d'alerte, qui impliquent de déterminer la véracité des allégations dénoncées avant de communiquer à la direction le signalement, semblent toutefois déconnecté de la réalité de l'entreprise. L'efficacité du dispositif d'alerte repose, en effet, sur la capacité de l'entreprise à réagir rapidement[2862]. L'intérêt de l'entreprise et les droits de la personne doivent donc être conciliée dans cette procédure : la préservation des intérêts de l'entreprise incitant à différer le moment d'information de la personne visée afin de prendre toutes les mesures conservatoires, tandis que le droit des données personnelles implique pour la personne visée, un droit d'accès et de modification de ses informations personnelles. C'est ce droit aux données personnelles qui avait justifié en partie le rejet des deux dispositifs d'alerte en mai 2005 relevant que « les employés objets d'un signalement ne seraient, par définition, pas informés dès l'enregistrement de données mettant en cause leur intégrité professionnelle ou de citoyen, et n'auraient donc pas les moyens de s'opposer à ce traitement de données les concernant ». Le référentiel relatif au dispositif d'alertes professionnelles, remplaçant l'autorisation unique de la CNIL, précise à ce titre que conformément à l'article 14 du règlement de protection des données personnelles, le responsable de traitement doit informer la personne visée par une alerte dans un délai raisonnable ne pouvant pas dépasser un mois[2863]. Cette information peut, conformément à l'article 14-5-b) du règlement, être différée lorsqu'elle est susceptible « de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement ». Tel pourrait être le cas lorsque la divulgation de ces informations à la personne visée compromettrait gravement les nécessités de l'enquête, par exemple, en présence d'un risque de destruction de preuves[2864]. L'information doit alors être délivrée aussitôt le risque écarté[2865].

[2858] *Ibidem*, article 9, II.

[2859] *Ibid*, article 9, I, al. 2 et 3.

[2860] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 5 modifiant 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 (1), article 9, I, al. 2.

[2861] C. LE CORRE, art. cit.

[2862] *Ibidem*.

[2863] CNIL, Référentiel relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles, 10 décembre 2019, p. 8.

[2864] *Ibidem*.

[2865] *Ibid*.

Lorsqu'une sanction disciplinaire ou une procédure contentieuse est engagée suite à l'alerte à l'égard de la personne visée, celle-ci peut toutefois obtenir la communication de ces éléments en vertu des règles de droit commun[2866].

Les signalements ne peuvent être conservés que « le temps strictement nécessaire et proportionné à leur traitement et à la protection de leurs auteurs, des personnes qu'ils visent et des tiers qu'ils mentionnent, en tenant compte des délais d'éventuelles enquêtes complémentaires. Des données relatives aux signalements peuvent toutefois être conservées au-delà de cette durée, à la condition que les personnes physiques concernées n'y soient ni identifiées, ni identifiables »[2867]. Dans ce cadre, le règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel doit être respecté[2868]. La durée de conservation et d'archivage des données personnelles relatives à une alerte va différer selon qu'il a été donné suite à l'alerte[2869] en quel cas l'ensemble des données à caractère personnel collectées à l'occasion de l'instruction peuvent être conservées jusqu'au terme de la procédure, jusqu'à acquisition de la prescription ou épuisement des voies de recours. Dans le cas contraire, les données à caractère personnel doivent être détruites ou anonymisées dans les deux mois suivants la clôture de l'instruction[2870]. Lorsqu'une procédure disciplinaire ou contentieuse est engagée à l'encontre d'une personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive, les données relatives à l'alerte peuvent être conservées par l'organisation chargée de la gestion des alertes jusqu'au terme de la procédure ou de la prescription des recours à l'encontre de la décision[2871].

Enfin, il importe de définir les modes de contrôle du bon fonctionnement du dispositif. À cet égard, l'Agence française anticorruption recommande la mise en place d'indicateurs permettant d'apprécier la qualité et l'efficacité du dispositif d'alerte, notamment le nombre d'alertes reçues, classées sans suite ou traitées, les délais de traitement, les problématiques soulevées[2872]. Il importe que la procédure soit efficace pour que le lanceur d'alerte ne se tourne pas de préférence vers l'alerte externe.

[2866] *Ibid*.

[2867] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 5 modifiant 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 (1), article 9, III.

[2868] *Ibidem*.

[2869] « L'expression "suites" désigne toute décision prise par l'organisme pour tirer des conséquences de l'alerte. Il peut s'agit de l'adoption ou de la modification des règles internes (règlement interne, charte éthique, etc.) de l'organisme, d'une réorganisation des opérations ou des services de la société, du prononcé d'une sanction ou de la mise en œuvre d'une action en justice » v. AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, p. 35.

[2870] *Ibidem*, pt. 282 et 283.

[2871] CNIL, Référentiel relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles, 10 décembre 2019, p. 8.

[2872] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic

b. L'alerte externe

473. L'alerte externe. Le signalement peut être adressé en externe directement[2873] aux autorités compétentes, à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels[2874]. La CNIL recommande toutefois, sur son site internet, de recourir prioritairement au signalement interne « si cela ne vous expose pas au risque de faire l'objet de mesures de représailles et en l'absence de risque de destruction de preuves »[2875]. Le signalement externe peut également faire suite à un signalement interne en l'absence de diligence dans un délai raisonnable de la personne alertée. Il peut également leur être adressé directement « en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles »[2876]. Le lanceur d'alerte peut ainsi signaler auprès de la CNIL les manquements relevant de la règlementation en matière de protection des données personnelles y compris en matière de cybersécurité[2877]. Il peut également dénoncer à l'AMF et à l'ACPR tout manquement aux obligations définies par les règlements européens, le code monétaire et financier, le code des assurances, le code de la mutualité, le code de la sécurité sociale, le règlement général de l'AMF[2878].

La loi relative à la protection des lanceurs d'alerte s'assure que l'alerte parvienne au bon interlocuteur en chargeant les autorités externes saisies d'un signalement qui ne relèverait pas de sa compétence ou qui concernerait également la compétence d'autres autorités, de le transmet à l'autorité externe compétente ou au Défenseur des droits[2879].

c. La divulgation publique

474. La divulgation publique. À défaut de traitement dans un délai de trois mois ou « en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles » ou encore si le signalement externe « ferait encourir à son auteur un risque de représailles ou qu'elle ne permettrait pas de remédier efficacement à l'objet de la divulgation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, notamment si des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou si l'auteur du signalement a des motifs sérieux de penser que l'autorité peut être en

---

d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 60.

[2873] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 3, 1°.

[2874] 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 (1), article 8, I, al. 2.

[2875] CNIL, « Lanceurs d'alerte : adresser une alerte à la CNIL », disponible sur le site de la CNIL.

[2876] 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 (1), article 8, I, al. 3.

[2877] CNIL, « Lanceurs d'alerte : adresser une alerte à la CNIL », disponible sur le site de la CNIL.

[2878] Article L. 634-1, al.1 du Code monétaire et financier.

[2879] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 3, I, 2° modifiant l'article 8, II 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 (1).

conflit d'intérêts, en collusion avec l'auteur des faits ou impliquée dans ces faits »[2880], le signalement « peut être rendu public »[2881]. La divulgation n'est donc autorisée qu'en dernier recours, notamment si l'entreprise n'a pas adoptée les mesures nécessaires. Elle apparait alors comme une « *sanction objective de sa passivité* » [2882]. Cette option est délétère pour la réputation de l'entreprise « *ce qui est justifié si l'information est fondée et qui est injustifiée si elle ne l'est pas* »[2883]. Les conséquences pour l'entreprise sont toutefois à nuancer, l'exemple de Facebook qui n'a subi qu'une baisse de 4% de ses titres en bourse suite à l'alerte de France Haugen semblant démontrer que l'alerte n'a pas de conséquence directe via les marchés financiers qui demeurent intéressés « *par la capacité des émetteurs à rapporter de l'argent dans le futur* »[2884].

Le lanceur d'alerte qui respecte la condition ci-dessus énumérée bénéficie d'une protection légale étendue.

B. La nature de la protection du lanceur d'alerte

475. La nature de la protection du lanceur d'alerte. Le statut protecteur de lanceur d'alerte assure protection judiciaire **(1)** et assistance **(2)** au bénéficiaire.

1. La protection juridique du lanceur d'alerte

476. La protection juridique du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte bénéficie d'une protection juridique contre les représailles **(a)** et contre les actions visant à engager sa responsabilité **(b)**.

a. La protection juridique du lanceur d'alerte contre les représailles

477. L'interdiction de toutes représailles. Le Code du travail protège le lanceur d'alerte de toute discrimination en disposant qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ni faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de

---

[2880] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 3, III, 3°.

[2881] 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 (1), article 8, I, al. 3.

[2882] M.-A. FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », art. cit.

[2883] *Ibidem*.

[2884] *Ibid*.

qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat »[2885]. Avant la transposition de la directive, la protection offerte au lanceur d'alerte était conditionnée par la dénonciation de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime. Dans un arrêt du 4 novembre 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation avait ainsi cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui prononçait la nullité d'un licenciement au motif que le salarié était recevable à invoquer le statut de lanceur d'alerte[2886]. La Cour rend son arrêt au visa de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail et reproche à l'arrêt attaqué d'avoir statuer « sans constater que le salarié avait relaté ou témoigné de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime ». Les faits dénoncés par le salarié par voie de médias internet portaient en effet sur la révélation de faits d'atteinte à la liberté d'expression dans le cadre d'échanges avec un syndicat. L'ouverture de la protection offerte par le Code du travail à tous les lanceurs d'alerte et donc à des faits qui, sans constituer des délits ou des crimes, porte atteinte à l'intérêt général laisse penser que la solution rendue par la Cour de cassation pourrait aujourd'hui être différente et conduire à prononcer la nullité d'un licenciement en raison de la révélation de faits portant atteinte à la liberté de communication des salariés avec les syndicats de l'entreprise.

Le lanceur d'alerte ne peut non plus faire l'objet de « mesures de représailles, ni de menaces ou de tentatives de recourir à ces mesures ». La loi de protection des lanceurs d'alerte vise notamment quinze formes de mesures interdites suite au signalement tel que la « suspension, mise à pied, licenciement ou mesures équivalentes » ou la « rétrogradation ou refus de promotion » [2887].

Tenant compte des difficultés à rapporter la preuve des représailles et surtout à faire le lien entre la dénonciation et les représailles[2888], la loi inverse la charge de la preuve en cas d'action contre une mesure de représailles du lanceur d'alerte. Il incombe ainsi « à la partie défenderesse de prouver que sa décision est dûment justifiée » [2889]. C'est ainsi que dans un conflit opposant le groupe Thalès à un lanceur d'alerte licencié après des révélations relatives à des soupçons de corruption et de trafic d'influence, la Cour de cassation a invalidé l'arrêt d'appel[2890] qui considérait que le licenciement ne constituait pas une mesure de représailles alors même que

[2885] Article L. 1121-2 du Code du travail issu de la LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 7.

[2886] Cass. Soc. 4 novembre 2020, n°18-15669, Bull. civ. V ; *D*. 2020, p. 2242 ; *JCP S* 2020, 3091, note B. BOSSU.

[2887] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 insérant l'article 10-1 dans 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 (1).

[2888] S. LEELEEA et C. ROQUILLY, *op. cit*., p. 121.

[2889] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 insérant l'article 10-1 dans 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 (1).

[2890] CA Versailles, 6e chambre, 16 septembre 2021, 21/00016.

cet ex-salarié bénéficiait du statut de lanceur d'alerte[2891]. Elle statue ainsi qu'en vertu de la loi sur les lanceurs d'alertes, Thalès n'avait pas apporté de preuve suffisante que le licenciement était lié à des éléments objectifs sans lien avec l'alerte. La charge de la preuve est donc inversée : il incombe à l'entreprise de prouver que des mesures défavorables au lanceur d'alerte sont liées à des éléments objectifs sans lien avec l'alerte.

Le demandeur peut, par ailleurs, « demander au juge de lui allouer, à la charge de l'autre partie, une provision pour frais de l'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure ou, lorsque sa situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement ou de la divulgation publique, une provision visant à couvrir ses subsides » [2892]. Cette provision vise à faire obstacle aux « procédures baillons »[2893] et le juge peut décider, à tout moment de la procédure, que cette provision est définitivement acquise[2894] assurant ainsi l'équité des parties, notamment dans le cas où le lanceur d'alerte serait la partie perdante[2895]. En complément de toute autre sanction, le Conseil des prud'hommes peut obliger l'employeur à abonder le compte personnel de formation du salarié ayant lancé l'alerte jusqu'à son plafond mentionné à l'article L. 6323-11-1 du Code du travail[2896] et prononcer une peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision[2897]. En cas de licenciement ou non-renouvellement du contrat en méconnaissance des dispositions précitées, le salarié peut saisir le Conseil des prud'hommes[2898] qui peut prescrire de le réintégrer[2899]. Le lanceur d'alerte bénéficie également d'une irresponsabilité civile et pénale.

[2891] Cass. soc. 1er fevrier 2023, n° 21-24.271, *JCP E* 2023, 475, note X. VUITTON ; *JCP S* 2023, 1063, note J.-Y. KERBOURC'H ; *Semaine sociale Lamy*, 2023, n° 2035, p. 10.

[2892] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 insérant l'article 10-1 dans 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 (1).

[2893] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n°404001, p. 12, §35.

[2894] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 insérant l'article 10-1 dans 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 (1).

[2895] CE, avis sur une proposition de lois visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, 4 novembre 2021, n°404001, p. 12, §35.

[2896] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 8, 1° modifiant l'article 12 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 (1).

[2897] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 9, I, 2° insérant l'article 13-1 à 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 (1).

[2898] 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 (1), article 12.

[2899] Article L. 911-1-1 du Code de justice administrative issu 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 (1), article 11.

b. La garantie de l'irresponsabilité du lanceur d'alerte

478. L'irresponsabilité civile du lanceur d'alerte. Les personnes qui lancent l'alerte « ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique dès lors qu'elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause »[2900]. En cas d'action abusive ou dilatoire en raison des informations divulguées par le lanceur d'alerte, les juridictions civiles peuvent prononcer une peine d'amande de soixante mille euros, et ce sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime[2901].

479. L'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte qui « porte atteinte à un secret protégé par la loi » n'est pas pénalement responsable dès lors que cette divulgation est « nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause »[2902]. C'est ainsi que dans un arrêt du 14 février 2023 la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 10 en considérant que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier de son droit de communiquer des informations, n'était pas « nécessaire dans une société démocratique »[2903]. En l'espèce, un collaborateur d'une société de services d'audit, de conseil fiscal et de gestion d'entreprise avait divulgué plusieurs documents confidentiels protégés par le secret professionnel, exploités dans le cadre d'une émission télévisée. Au terme d'une procédure pénale, le requérant avait été condamné en appel, la Cour d'appel concluant que « la divulgation par le requérant des documents couverts par le secret professionnel avait causé à son employeur un préjudice supérieur à l'intérêt général ». Dans son arrêt, la Cour fait référence à la grille de lecture définit à l'occasion de l'arrêt Guja c/ Moldova[2904] pour apprécier si l'auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une relation professionnelle peut bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention : il appartient à la Cour d'apprécier l'existence ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation, l'authenticité de l'information divulguée, la bonne foi du requérant, l'intérêt public que présente l'information divulguée, les effets dommageables de la divulgation[2905]. Au titre de l'intérêt public que représentait l'information divulguée la Cour relève notamment que la Cour d'appel s'est livrée

---

[2900] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 qui insère un article 10-1 dans 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 (1).

[2901] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 9, I, 1°, b modifiant l'article 13, II 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 (1).

[2902] 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 (1), article 7.

[2903] CEDH, 14 février 2023, n° 21884/18, *JCP G* 2023, n° 8-9, p. 452, obs. A. SCAHMANECHE ; *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 2023, n° 2, 89, obs. I. BUFFLIER.

[2904] CEDH, 12 février 2008, n° 14277/04, *AJDA* 2008. 978, note J.-F. FLAUSSE.

[2905] P. DUFOURQ et S. LARIVIERE, « Affaire LuxLeaks : violation de la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte en raison de sa condamnation pénale », *Dalloz Actualité Pénal*, le 24 février 2023.

« *à une interprétation trop restrictive de l'intérêt public que revêtaient les informations divulguées pour l'opinion – aussi bien au Luxembourg, dont la politique fiscale étaient directement en cause, qu'en Europe et dans les autres États fiscales pouvaient se trouver affectées par les pratiques révélées* » [2906].

Le lanceur d'alerte n'est pas non plus pénalement responsable pour le détournement ou le recèle des documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue[2907]. De la sorte, « *tout en demeurant spécial, le fait justificatif se généralise un peu pour, en bonne logique, se calquer sur les différents comportements qu'implique l'appréhension frauduleuse de l'information d'autrui* » [2908].

Sont, en revanche, exclus du régime protecteur « les faits, informations et documents, quel que soit leur forme ou leur support, dont la révélation ou la divulgation est interdite par les dispositions relatives au secret de la défense nationale, au secret médical, au secret des délibérations judiciaires, au secret de l'enquête ou de l'instruction judiciaires ou au secret professionnel de l'avocat »[2909]. L'entrée du secret de l'enquête ou de l'instruction, justifiée par la volonté d'empêcher la divulgation d'un classement sans suite litigieux sans interdire celle d'une infraction commise durant la procédure, ne convainc guère les auteurs[2910].

2. L'assistance du lanceur d'alerte

480. L'action du Défenseur des droits. Le lanceur d'alerte peut être assisté par le Défenseur des droits à qui il peut notamment adresser son signalement « afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte »[2911]. Le nombre d'alertes reçues et traitées par ce dernier est finalement assez faible, beaucoup de lanceurs d'alerte préférant rester anonyme et passer directement par voie de presse ou en transmettant les informations directement à la justice[2912]. Madame Prada insiste par ailleurs sur l'absence de compétence au fond du Défenseur des droits pour couvrir le champ de l'alerte en raison de son étendu, le Défenseur des droits ne pouvant pas être omni-compétent[2913]. Elle propose ainsi, lors de son audition par la commission d'évaluation de la loi sapin 2, le développement d'un service

---

[2906] *Ibidem*.

[2907] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 6 modifiant l'article 122-9 du Code pénal.

[2908] G. BEAUSSONIE, art. cit.

[2909] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 1, II modifiant 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 (1), article 6, al. 2.

[2910] G. BEAUSSONIE, art. cit.

[2911] 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 (1), article 8, IV.

[2912] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS, préc., Compte rendu des débats.

[2913] Audition de Mme Emmanuelle Prada Bordenave, conseillère d'État, présidente du groupe de travail chargé de l'étude « le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger » du mercredi 17 février 2021 par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne.

d'inspection général techniquement compétent pour s'occuper du dossier[2914]. L'échec du Défenseur des droits est expliqué dans le rapport de Monsieur Bernalicis par son absence de moyens[2915]. Il propose ainsi la création de l'inspection générale de la protection des lanceurs d'alerte, entité spécifique rattachée au Défenseur des droits. L'idée est de « *renforcer l'autorité existante dans ses missions, en lui adjoignant une " entité " qui lui permette de mieux accompagner le lanceur d'alerte dans ses démarches, notamment vis-à-vis de la justice et de l'organisme concerné par l'alerte, et de mieux vérifier l'alerte elle-même pour en consolider la portée. Il s'agit bien d'apporter à ceux qui lancent l'alerte un soutien institutionnel solide, tel qu'ils sont en droit de l'escompter* »[2916]. Cette proposition fait suite à l'article 20 de la directive 2019/1937 qui dispose que les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 4 bénéficient, s'il y a lieu, de mesures de soutien et notamment des informations et des conseils complets et indépendants, qui sont facilement accessibles au public et gratuits, sur les procédures et les recours disponibles, sur la protection contre les représailles, ainsi que sur les droits de la personne concernée ; une assistance effective de la part des autorités compétentes devant toute autorité pertinente associée à leur protection contre les représailles, y compris, lorsque le droit national le prévoit, la certification du fait qu'elles bénéficient de la protection prévue par la directive ; une assistance juridique dans le cadre des procédures pénales et civiles transfrontières conformément à la directive 2016/1919 et à la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil et, conformément au droit national, une assistance juridique dans le cadre d'autres procédures ainsi que des conseils juridiques ou toute autre assistance juridique[2917]. Il précise encore que ces mesures de soutien peuvent être apportées par un centre d'information ou une autorité administrative indépendante unique et clairement identifiée[2918]. Eu égard aux « garanties d'indépendance requises pour protéger les droits et libertés des lanceuses et lanceurs d'alerte » dont disposerait le défenseur des droits, la proposition de loi n° 2591 propose ainsi la création d'une « Inspection générale de la protection des lanceurs et lanceuses d'alerte » directement rattachée au Défenseur des droits[2919]. Cette inspection serait compétente pour « recevoir les signalements, fournir un retour d'informations et assurer un suivi des signalements dans le cadre de la procédure de signalement externe »[2920] ; « en outre, elle exerce le contrôle scientifique, technique et pédagogique dans ses domaines de compétences. À ce titre, elle conduit des missions d'inspection et d'audit des entités publiques et privées » [2921] ; « elle assure une mission permanente de conseil et d'expertise auprès du Défenseur des droits et de ses services, ainsi qu'auprès des entités publiques et privées relevant du domaine de compétence des dispositions relatives aux lanceuses et lanceurs d'alerte » [2922].

[2914] *Ibidem*.

[2915] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS, préc., Compte rendu des débats.

[2916] *Ibidem*.

[2917] Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, article 20, 1.

[2918] *Ibidem*, article 20, 3.

[2919] Proposition de loi organique n°2591 visant à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte, Exposé des motifs.

[2920] *Ibidem*, Titre II, article 2, 1.

[2921] *Ibid*, Titre II, article 2, 2.

[2922] *Ibid*, Titre II, article 2, 3.

La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a néanmoins rejeté l'ensemble des dispositions relative à l'Inspection, ce qui « *prive la proposition de loi de l'une des plus grandes avancées de la directive européenne, à savoir la mise en œuvre d'une procédure de signalement externe effective* » d'après Monsieur Bernalicis[2923].

La fragilité du lanceur d'alerte, notamment face à de grandes entreprises pouvant mener des actions longues et couteuses, a également été mise en exergue. En conséquence, l'article 20 de la directive prévoit que « les États membres peuvent prévoir une assistance financière et des mesures de soutien, notamment psychologique, pour les auteurs de signalement dans le cadre des procédures judiciaires ». Cette proposition est appuyée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui recommande qu'une assistance financière et psychologique soit accordée aux lanceurs d'alerte[2924]. Madame Hédon a suggéré, lors de son audition par la commission d'évaluation de la loi Sapin 2, que cette assistance financière prenne la forme d'une aide juridictionnelle sans conditions de ressources ainsi que d'un fond de soutient calquer sur l'ancien salaire du lanceur d'alerte licencié[2925]. Le Conseil constitutionnel avait déjà censuré la proposition du législateur[2926] lors de l'examen de la loi Sapin 2 qui avait souhaité confier aux Défenseurs des droits la possibilité d'accorder un secours financier temporaire au lanceur d'alerte si, en raison du signalement effectué, celui-ci connaissait des difficultés financières graves. La proposition de loi de Monsieur Ugo Bernalicis proposait en conséquence un article 11 relatif au secours financier des lanceurs d'alerte attribué par la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions, supprimé par la commission des lois[2927]. La commission a de même supprimé l'article 9 de la proposition de loi de Monsieur Ugo Bernalicis visant à accorder l'aide juridictionnelle sans conditions de ressources aux lanceurs d'alerte[2928]. En revanche, la loi du 21 mars 2022 retient la possibilité pour le lanceur d'alerte de bénéficier de « mesures de soutien psychologique » ou d'un « secours financier temporaire » si sa situation financière s'est « gravement dégradée en raison du signalement »[2929].

[2923] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS, préc.

[2924] Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, JORF n°0242 du 4 octobre 2020 Texte n° 77, Recommandation n°6

[2925] Audition de Mme Claire HEDON, Défenseur des droits, M. Marc LOISELLE, directeur de la protection des droits et des affaires publiques par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2.

[2926] Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-740 DC, Loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

[2927] Rapport sur la proposition de loi visant à la protection effective des lanceuses et des lanceurs d'alerte (n° 2600) et à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte (n° 2591), 4 mars 2020.

[2928] *Ibidem*.

[2929] LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte (1), article 12 insérant l'article 14-1 dans 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 (1).

Cette fragilité financière du lanceur d'alerte doit être prise en comptes également dans l'indemnisation de son préjudice qui, à ce jour, est insuffisante. À titre d'exemple, la société UBS a été condamné par le tribunal de grande instance de Paris à payer une amende de trois milliards sept cent millions d'euros, et à verser à l'État français huit cent millions d'euros au titre des dommages et intérêts suite à la dénonciation des pratiques d'évasion fiscale et de blanchiment de fraude fiscale en bande organisée par Stéphanie Gibaud qui n'a, quant à elle, bénéficié d'aucune forme de réparation[2930]. C'est ainsi que certains lanceurs d'alertes « *se sont retrouvés dans une situation personnelle épouvantable alors que l'État a bénéficié grassement de leur action* »[2931]. La directive européenne répond à cette insuffisance en prévoyant que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que des recours et une réparation intégrale soient accordés pour les dommages subis par les personnes visées à l'article 4 conformément au droit national »[2932]. Cette nécessité de la réparation intégrale du préjudice est portée par les associations ANTICOR et Sherpa[2933] ainsi que par la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui préconisent de s'assurer que tous les aspects des préjudices soient réparés et notamment les préjudices moraux du fait des risques pris[2934].

481. Conclusion §2. L'alerte est dans l'intérêt de l'entreprise. « *À l'issue de ce nouveau tableau du lanceur d'alerte peint par notre législateur, n'oublions pas que la France est aussi le pays des Fables de la Fontaine, c'est-à-dire du courage et de l'audace dans et par la liberté d'expression. Le loup, par ce qu'il représente plus que par ce qu'il est, y joue la plupart du temps le mauvais rôle. Dès lors, heureusement que certains crient aux loups, parfois, car la raison du plus fort ne doit pas toujours être la meilleure* »[2935]. Les salariés exercent un rôle de sentinelle et il ne tient qu'aux entreprises, si elles y trouvent intérêt, de faire en sorte que le titulaire de l'information choisissent de s'adresser à elles plutôt qu'aux autorités publiques[2936]. Pour cela, l'entreprise doit donner à voir qu'elle est digne de confiance. Lorsqu'elle est déclenchée en interne, l'alerte fait présumer la connaissance du risque et devrait être assimilée au déclenchement d'un devoir d'investigation.

[2930] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS, préc., Compte rendu des débats.

[2931] *Ibidem*.

[2932] Directive européenne 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, article 21, § 8.

[2933] Audition par la mission d'évaluation de la loi dite « Sapin II » de M. Éric ALT, vice-président de l'association ANTICOR du jeudi 28 janvier 2021 ; Audition par la mission d'évaluation de la loi dite « Sapin II » de William BOURDON, président-fondateur de l'association Sherpa du jeudi 28 janvier 2021.

[2934] *Ibidem* ; Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, Recommandation n°11, pt. 34.

[2935] G. BEAUSSONIE, art. cit.

[2936] M.-A., FRISON-ROCHE, « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », préc.

SECTION 2 : LES CONSEQUENCES DE LA DETECTION

482. L'intérêt pour l'entreprise de mener une enquête interne. Le contrôle interne diligenté par l'entreprise ou le dispositif d'alerte interne peut révéler des faits délictueux nécessitant de mener une enquête interne. Celle-ci présente de nombreux avantages financiers et non financiers pour l'entreprise. Cette dernière sera, en effet, capable d'identifier les risques à un stade précoce et ainsi éviter les potentielles amendes sanctionnant les faits réprimés[2937]. Selon une récente étude, un tiers des entreprises interrogées ont « *réussi à découvrir plus de 80 % du préjudice financier total grâce au dispositif d'alerte et d'enquête mis en place* »[2938]. Un tel dispositif permet également à l'entreprise de se prémunir contre le risque d'éventuels scandales rendus publics et susceptibles de nuire à sa réputation[2939]. L'évolution du processus de signalement public du lanceur d'alerte face à l'inaction de l'entreprise expose en effet, celle-ci à un risque que l'enquête interne permet d'éviter **(§1)**.

483. Les obligations de transparence. L'originalité des obligations de *compliance* est d'imposer à ses sujets d'identifier par écrit ses risques, conserver les preuves des éventuelles alertes dont elle a pu connaître ou encore répertorier ses actions et ses réactions[2940]. En d'autres termes, il ne s'agit plus seulement de s'assurer que l'entité a mis en place un certain nombre de mesures pour se conformer à la loi et laisser peser la charge de la preuve contraire sur la partie adverse, il échet à l'entité elle-même d'en apporter les preuves suffisantes[2941] **(§2)**.

§1. L'ENQUETE INTERNE

484. La mise en œuvre d'une procédure d'investigation. L'enquête interne est une procédure d'investigation mise en place au sein de l'entreprise à la suite d'une alerte lancée par un salarié, d'un signalement effectué par le comité social et économique, ou encore, du fait d'éléments mis en lumière dans le cadre d'un contrôle interne ou externe[2942] (A). Sa mise en œuvre nécessite la collecte de données sensibles relatives à l'identification de pratiques

---

[2937] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, « Comment mener une enquête interne ? », *JCP E* 6 janvier 2022, n°1, 1003.

[2938] EQS Group, Fachhochschule Graubünden University of Applied Sciences, Rapport 2021 sur les alertes professionnelles.

[2939] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

[2940] E. DAOUD et S. SFOGGIA, « La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi Sapin II, RGPD, loi Vigilance) : réflexions sur une révolution interne », *RLDA* 1er octobre 2017, nº 130.

[2941] *Ibidem*.

[2942] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

répréhensibles, et donnant nécessairement lieu à des analyses, notes, entretiens, échanges, et audits sur lesquels la maîtrise de l'entité s'avère limitée[2943] (B).

A. La conduite de l'enquête interne

485. Le désintérêt du législateur pour l'enquête interne. L'enquête interne n'est pas réglementée par les dispositions du droit du travail et ne bénéficie pas des règles protectrices du Code pénal afin de garantir un procès équitable [2944]. Les programmes de *compliance* légaux n'imposent pas, non plus, de faire suivre les alertes de mesures d'investigation. Ce silence est d'autant plus regrettable que ces procédures d'investigation interne jouent un rôle central dans la mise en œuvre du dispositif de *compliance* : l'une des raisons qui justifient l'implication des acteurs privés est, en effet, la disponibilité d'informations qui leur permettent de détecter des faits délictueux et de les reporter aux autorités publiques[2945]. C'est ainsi que les recommandations de l'Agence française anticorruption reconnaissent aux enquêtes internes un rôle majeur dans l'administration de la preuve ainsi que dans la conception et le déploiement des plans[2946] **(1)**. L'encadrement de ces enquêtes internes devient donc indispensable. Pour l'heure, ce sont les lignes directrices d'autorités régulatrices, ainsi que les juridictions nationales qui se prononcent *a posteriori* sur les bonnes et mauvaises pratiques adoptées par les entreprises, construisant le *modis operanti* de l'enquête interne au fil de l'eau. En résulte une insécurité juridique tant pour l'employeur, qui peut voir l'enquête et les mesures subséquentes annulées, que pour la personne entendue dont les droits de la défense ne sont pas assurés **(2)**.

1. Le rôle central de l'enquête interne dans la procédure de compliance

486. La déduction du caractère obligatoire de l'enquête interne en matière de *compliance*. Nonobstant le silence législatif, l'enquête interne apparaît obligatoire en matière de *compliance*. Ce caractère obligatoire relèverait, d'abord, du principe de précaution. Il s'agit, en effet, d'éviter que les mêmes faits ne se reproduisent[2947]. À défaut, pourrait être caractérisée une faute de gestion des dirigeants, qui ne se sont pas assurés que la responsabilité de l'entreprise ne pourrait pas être engagée[2948]. Lors d'audiences correctionnelles, l'absence d'enquête interne est ainsi présentée dans les réquisitions du parquet comme, sinon une circonstance aggravante, au moins une confirmation de la responsabilité de l'entreprise et du dirigeant[2949]. À cet égard, la Cour de cassation a déjà affirmé que l'enquête interne relève de l'exercice du pouvoir disciplinaire du dirigeant qui connaît l'existence de faits potentiellement

---

[2943] E. DAOUD et S. SFOGGIA, art. cit.
[2944] L. D'AMBROSIO, art. cit.
[2945] *Ibidem*.
[2946] V. MUNOZ-PONS, « Nouvelles recommandations de l'AFA : vers l'instauration d'une obligation d'enquêter dans l'entreprise ? », *Dalloz Actualité*, le 08 Février 2021.
[2947] W. FEUGERE, « Les suites des alertes : observations sur les enquêtes internes », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Janvier-Février 2023, n° 1, dossier 11.
[2948] *Ibidem*.
[2949] *Ibid*.

répréhensibles. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel de Lyon qui entendait sanctionner un employeur pour avoir « usurpé la qualité d'officier de police judiciaire, en prenant à l'encontre de M. C... l'équivalent d'une mesure de garde à vue et en s'autorisant à procéder à une enquête, quand les faits de vol ne pouvaient la justifier en l'absence d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise ou de danger grave et imminent »[2950]. Dans cette affaire, le directeur d'une société avait identifié, grâce à une caméra de surveillance, un employé du service de nettoyage en pleine action de vol de morceaux de viande dans un entrepôt frigorifique. Assisté du responsable des ressources humaines, il avait alors invité le coupable à le suivre, ainsi que les autres membres de l'équipe de nettoyage, qui furent chacun interrogés, dans des bureaux séparés de la direction. La Cour de cassation statue alors « qu'en prononçant ainsi, sans préciser les actes matériels dirigés contre la personne de M. C... qui l'auraient privé de sa liberté d'aller et de venir et alors que l'employeur, qui a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés, peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications de ses salariés, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision »[2951]. L'enquête interne apparaît donc comme une résultante logique du pouvoir disciplinaire de l'employeur[2952].

Le caractère obligatoire de l'enquête est ensuite la conséquence de la politique du Parquet national financier. L'enquête interne et sa transmission au parquet joueront, en premier lieu, pour convaincre le procureur d'entrer en voie de négociation[2953]. Si le dossier qui lui est présenté lui semble trop faible, le procureur sera en effet, peu enclin à accepter la mesure alternative aux poursuites qu'est la convention judiciaire d'intérêt public[2954]. En deuxième lieu, d'après les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par l'Agence française anticorruption et le Parquet national financier, l'enquête interne est un instrument essentiel qui doit aboutir à l'établissement d'un rapport présenté au parquet exposant les faits avec la plus grande précision ; les principaux témoins doivent y être identifiés et les documents pertinents réunis à cette occasion doivent être communiqués au parquet[2955]. Les conclusions de l'enquête interne doivent être transmises « dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire » [2956]. L'enquête jouera, en troisième lieu, sur le montant de la sanction négociée. La pertinence, l'objectivité et

[2950] Cass. crim. 28 février 2018, n° 17-81.929, *D*. 2018. 513 ; *ibid*. 1611, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2018. 256, obs. M. AIRIAU ; *Dr. soc*. 2018. 484, obs. J. MOULY ; *ibid*. 857, étude R. SALOMON ; *RDT* 2018. 382, obs. J.-B. THIERRY ; *RSC* 2018. 415, obs. Y. MAYAUD ; *ibid*. 449, obs. A. CERF- HOLLENDER.

[2951] *Ibidem*.

[2952] R. SALOMON, « Chronique de droit pénal social », *Droit social* 2018. 857.

[2953] W. FEUGÈRE, art. cit.

[2954] *Ibidem*.

[2955] V. MUNOZ-PONS, art. cit.

[2956] *Ibidem*.

l'exhaustivité du rapport d'enquête seront autant de facteurs minorants permettant de faire diminuer la facture finale[2957].

L'obligation d'enquêter est enfin rappelée par l'Agence française anticorruption dans ses recommandations[2958], si bien qu'en cas de contrôle, l'entreprise doit être en mesure de justifier la décision de ne pas lancer d'enquête interne[2959].

L'enquête interne semble donc s'imposer à l'entreprise en cas d'alerte ou de doute. Un tel choix n'est pas dénué de risque. Les retombées médiatiques peuvent ainsi avoir de sérieuses conséquences pour l'entreprise si l'investigation est mal cadrée et échappe à son contrôle[2960]. Des investigations non proportionnées exposent, en outre, l'entreprise à un risque prud'homal ou en matière de données personnelles[2961]. L'entreprise doit donc se montrer vigilante dans la mise en œuvre de l'enquête interne et respecter certains principes.

2. La détermination jurisprudentielle et régulatrice des principes régissant l'enquête interne

487. La détermination des principes régissant l'enquête interne. La jurisprudence et les autorités de régulation ont été amenées à déterminer les règles applicables au long du déroulement de l'enquête **(a)** et lors de sa clôture **(b)**.

a. Le déroulement de l'enquête interne

488. Les responsables de l'enquête interne. L'Agence française anticorruption indique que l'enquête interne est menée par des personnes qualifiées[2962]. Ce peut être le référent alerte, le référent déontologue, le délégué à la protection des données, le responsable juridique, le responsable conformité, ou encore celui des ressources humaines. Ces salariés sont généralement envisagés pour mener à bien cette tâche en raison de leur accès à de nombreuses données concernant les salariés et de leur sensibilisation, du fait de leur poste, à l'exigence de confidentialité[2963]. L'entreprise peut aussi décider d'avoir recours à des prestataires externes à

[2957] W. FEUGÈRE, art. cit.

[2958] AFA, Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et tout atelier peuvent être et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, JO 12 janvier 2021.

[2959] V. MUNOZ-PONS, art. cit.

[2960] *Ibidem*.

[2961] *Ibid.*

[2962] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 273.

[2963] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

l'entreprise[2964]. En tout état de cause, ces personnes doivent être soumises à des obligations de confidentialité formalisées[2965].

L'importance du choix de l'enquêteur a été mise en évidence dans un arrêt du 6 juillet 2022[2966]. Dans cet arrêt, la Chambre sociale confirme l'arrêt d'appel qui avait pu retenir un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité après avoir constaté que l'enquête interne avait été conduite de façon partiale puisque confiée au supérieur de la salariée en cause qui était en mésentente notoire avec celle-ci et sans précautions suffisantes de confidentialité puisqu'elle avait créé un certain retentissement dans l'entreprise. Une nouvelle fois donc, les juges rappellent que l'enquête interne doit être menée avec méthode, être proportionnée, impartiale et respectueuse des droits des salariés pour qu'elle reste incontestable et puisse être utilisée dans le cadre d'une procédure subséquente.

489. Le respect des droits de la défense. Bien qu'il s'agisse d'investigations menées de façon privée par la personne morale concernée, l'enquête interne peut parfois conduire à révéler un manquement susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié fautif, ou une infraction qui pourrait entraîner l'ouverture d'une enquête judiciaire[2967]. Si les investigations ne sont pas soumises aux dispositions législatives encadrant l'enquête judiciaire, administrative ou encore aux prud'hommes, il est néanmoins dans l'intérêt des personnes physiques visées par l'enquête, tout comme de la personne morale, de respecter un certain nombre de principes[2968]. Cela garantira, le cas échéant, la recevabilité devant d'autres instances, de l'ensemble des éléments recueillis dans le cadre de l'enquête interne[2969].

Le principe du contradictoire doit ainsi être respecté tout au long de l'enquête[2970]. Selon les termes de la jurisprudence, l'enquête interne doit être conduite « de façon méticuleuse, paritaire et loyale »[2971]. Elle doit également être menée à charge et à décharge[2972] afin de pouvoir tirer des conclusions objectives et exhaustives face aux faits qui ont été révélés[2973]. Les enquêteurs devront donc être objectifs et ne pas faire seulement état d'éléments à charge lors des auditions

---

[2964] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 272.

[2965] *Ibidem*, pt. 271.

[2966] Cass. soc., 6 juillet 2022, n° 21-13.631, *SSL* 2022, n° 2020, p. 11-13, C. TERRET, F. ALAMBRET ; *Cahier de droit de l'entreprise*, 2022, 5, obs. M. PERRAULT ; *ibid*, 2023, 1, obs. W. FEUGERE.

[2967] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

[2968] *Ibidem*.

[2969] *Ibid*.

[2970] *Ibid*.

[2971] CA Paris, Pôle 6, chambre 5, 25 janvier 2018, 15/08177.

[2972] Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-26.123, *JCP S* 2012, 17 obs. D. CORRIGNAN-CARSIN ; *AJ pénal* 2020. 559, obs. E. GOUESSE ; *Droit social* 2018. 857, chron. R. SALOMON ; Cahiers de droit de l'entreprise 2023, 1, W. FEUGERE ; *JCP S* 2022, 29, obs. S. MIARA.

[2973] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.

de témoins[2974]. Ils devront également tenir compte des remarques de la personne visée[2975]. La personne mise en cause doit elle aussi pouvoir faire entendre ses témoins[2976]. En outre, il est important de rappeler que toute personne, mise en cause par l'alerte, est présumée innocente[2977]. Il est donc recommandé d'accorder au minimum à la personne physique auditionnée dans le cadre d'une enquête interne les droits prévus à l'article 61-1 du Code de procédure pénale définissant le cadre juridique de l'audition libre : la personne doit être informée des faits qui lui sont reprochés ; elle doit être informée du caractère non coercitif de l'audition ; elle doit pouvoir être assistée d'un interprète si cela lui est nécessaire ; elle doit avoir le droit de se taire ; elle doit pouvoir être assistée par un conseil ; elle doit avoir un droit de regard sur le procès-verbal de son audition[2978]. L'employeur ne saurait donc s'arroger plus de droits que n'en auraient les forces de police ou l'autorité judiciaire[2979].

L'ensemble des actes d'enquête menée doivent être « strictement nécessaires à la conduite de l'enquête interne »[2980]. Cette exigence de proportionnalité permet de respecter un juste équilibre entre les droits des salariés dans le cadre des investigations et l'intérêt de l'entreprise à faire la lumière sur les faits allégués[2981]. C'est à ce titre que l'enquête interne s'impose au salarié.

490. Les limites du respect des droits de la défense. Si les enquêteurs sont soumis à une obligation de confidentialité visant à protéger toutes les personnes impliquées dans l'enquête, corrélativement, chaque personne auditionnée est également soumise à une obligation de confidentialité et de discrétion[2982]. Cela implique, notamment, que le salarié auditionné ne discute pas de son entretien avec ses collègues[2983]. Cet effort est nécessaire pour préserver la réputation des personnes impliquées, les preuves, l'intégrité de l'enquête et la réputation de la personne morale qui évite ainsi qu'un sujet qui pourrait l'exposer à des sanctions soit mis sur la place publique[2984]. Ce principe de discrétion imposé par le guide commun à l'Agence française anticorruption et au Parquet national financier apparait toutefois plus strict que le secret de l'enquête et de l'instruction protégé par l'article 11 du Code de procédure pénale[2985]. Le secret de l'instruction ne concerne en effet, ni la personne mise en cause ou en examen, ni

---

[2974] Cass. soc., 12 janvier 2012, n° 10-23.583.
[2975] *Ibidem*.
[2976] Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-26.123, préc.
[2977] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.
[2978] *Ibidem*.
[2979] W. FEUGÈRE, art. cit.
[2980] CA Paris, Pôle 6, chambre 8, 25 septembre 2019, 17/13830 ; CEDH, gr. ch., 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13, JurisData n° 2019-018032 ; *JCP S* 2020, 1036 ; *JCl. Travail Traité, Synthèse* 100.
[2981] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, art. cit.
[2982] *Ibidem* ; AFA-PNF, Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique, 23 mars 2023.
[2983] *Ibid*.
[2984] *Ibid*.
[2985] M. DURAND-POINCLOUX, D. APELBAUM, P. SARDI-ANTASAN, « Regard critique : La place des droits de la défense dans l'enquête interne selon le guide AFA/PNF », in M-A. FRISON-ROCHE ET M. BOISSAVY (dir.), *Compliance et droits de la défense. Enquête interne – CJIP – CRPC*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2024, p. 69-75.

les témoins, ni la victime. La discrétion ainsi imposée au salarié lui interdit de facto de rassembler auprès de ses collègues des éléments utiles à sa défense tels que des attestations ou des soutiens syndicaux.

Par ailleurs, le contradictoire a pu connaître « *quelques reflux troublants* »[2986]. Le salarié n'est pas nécessairement informé qu'une enquête le concernant est diligentée, une telle enquête n'étant pas considérée comme un mode de surveillance clandestin au titre de l'article L. 1222-4 du Code du travail[2987]. Le principe du contradictoire n'impose pas plus que la personne mise en cause soit entendue[2988]. La chambre sociale dans une décision du 8 janvier 2020 a ainsi jugé : « Attendu que, pour juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que, pour répondre à l'exigence d'exhaustivité et d'impartialité, l'enquête interne diligentée par l'employeur devait consister à entendre la totalité des collaborateurs du salarié puisque, dans la lettre de licenciement, l'employeur s'était prévalu à l'encontre du salarié d'agissements de harcèlement moral envers tous ses collaborateurs ; qu'ainsi, dès lors que seule la moitié de ces collaborateurs, appartenant, en outre, presque tous à un seul des deux services dirigés par le salarié, avait été entendue, l'enquête interne devait être écartée des débats ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter cet élément de preuve, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé »[2989]. En ce sens, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé le 28 avril 2022 : « Il est par ailleurs constant qu'en cas de dénonciation de faits de harcèlement moral, l'employeur peut diligenter une enquête sur le salarié incriminé, sans l'en informer, ni entendre ses explications, de sorte que les conclusions d'une enquête interne peuvent le cas échéant fonder un licenciement même si cette enquête n'a pas été menée contradictoirement à l'égard du présumé harceleur, peu important donc que Mme P. n'ait pas été auditionnée dans le cadre des dénonciations portées à son encontre, à l'occasion de l'enquête préalablement initiée dans son propre intérêt »[2990]. La chambre sociale de la Cour de cassation a récemment confirmé sa jurisprudence : « Le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire n'impose pas que, dans le cadre d'une enquête interne destinée à vérifier la véracité des agissements dénoncés par d'autres salariés, le salarié ait accès au dossier et aux pièces recueillies ou qu'il soit confronté aux collègues qui le mettent en cause ni qu'il soit entendu, dès lors que la décision que l'employeur peut être amené à prendre ultérieurement ou les éléments dont il dispose pour la fonder peuvent, le cas échéant, être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement »[2991]. Le salarié ne peut pas non plus exiger de se faire assister d'un représentant du personnel[2992]. Ce droit ne s'impose, en effet, qu'en matière

[2986] W. FEUGERE, art. cit.
[2987] *Ibidem*.
[2988] *Ibid*.
[2989] Cass. soc., 8 janvier 2020, n° 18-20.151, JurisData n° 2020-000097 ; *JCP S* 2020, n° 8, p. 43-45, note V. ARMILLEI.
[2990] CA Aix-en-Provence, 4e et 5e chambres réunies, 28 avril 2022, 19/17642.
[2991] Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220, JurisData n° 2022-010621, *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2022, 5, note F. TAQUET ; *JCP S* 2022, 29, note S. MIARA.
[2992] AFA-PNF, Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique, 23 mars 2023 ; M. DURAND-POINCLOUX, D. APELBAUM, P. SARDI-ANTASAN, art. cit.

disciplinaire, pour un entretien préalable[2993]. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que les règles relatives à la procédure disciplinaire ne sont pas applicables dans le cadre d'une enquête interne[2994]. L'enquêteur avocat, en revanche, se devra, déontologiquement, de proposer au mis en cause d'être assisté d'un avocat : « Il indiquera à la personne auditionnée qu'elle peut se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'il apparaîtra, avant ou pendant son audition, qu'elle puisse se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne »[2995].

Enfin, un salarié qui refuse de se présenter à un entretien dans le cadre d'une enquête interne commet une faute dont l'employeur pourra alors tirer des conséquences disciplinaires[2996]. Il s'ensuit que l'employeur peut en pratique sanctionner disciplinairement son employé s'il souhaite quitter les locaux avant la fin de l'entretien, lequel n'est pas limité dans le temps : l'audition en enquête interne est une audition sous contrainte où l'exercice de la liberté d'aller et venir peut provoquer une sanction disciplinaire[2997]. Si certains droits du salarié apparaissent insuffisamment protégés dans le cadre de l'audition, le même constat peut être tiré dans le cadre de la clôture de l'enquête interne.

b. La clôture de l'enquête interne

491. L'établissement d'un rapport. L'enquête interne donne nécessairement lieu à un rapport. L'Agence française anticorruption préconise ainsi la rédaction d'un rapport d'enquête destiné à consigner l'ensemble des faits et preuves recueillies, à charge et à décharge, de nature à établir ou à lever le soupçon, ainsi que la méthode suivie[2998]. En l'absence de droit d'accès au dossier disciplinaire, l'employeur n'est pas soumis à l'obligation de communiquer à l'employé le rapport, de même qu'il n'est pas tenu de communiquer les pièces de l'enquête avant licenciement[2999]. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait ainsi jugé le 11 février 2008 que « la non-communication au salarié du rapport d'enquête interne diligentée par la société HSBC, sur les actes qui étaient reprochés à ce dernier dans le cadre de la procédure disciplinaire, ne constitue pas une violation de son droit à un procès équitable »[3000]. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a jugé le 29 août 2018 : « En l'espèce, le salarié ne démontre pas qu'il ait été

[2993] W. FEUGERE, art. cit.

[2994] Cass. soc., 22 mars 2016, n° 15-10.503, *Droit pénal* 2018, 5, obs. P. CONTE ; *JCP S* 2019, 49, obs. E. JEANSEN ; *JCP S* 2020, 39, L. BORDERIE, M. VACASSOULIS ; *JCP S* 2022, 7, obs. A. BOULESTEIX, L. NICOLAI.

[2995] v. Règlement intérieur du Barreau de Paris, XXIV, article 8.

[2996] Cass. soc., 22 mars 2016, n° 15-10.503, préc. ; AFA-PNF, Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique, 23 mars 2023.

[2997] M. DURAND-POINCLOUX, D. APELBAUM, P. SARDI-ANTASAN, art. cit.

[2998] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 275.

[2999] Cass. soc., 18 février 2014, n° 12-17.557, JurisData n° 2014-002725, *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2014, 5, note F. TAQUET ; *JCP S* 2014, 30, note C. LEBORGNE-INGELAERE ; *D*. 2014. 1115, note P. LOKIEC.

[3000] CA Aix-en-Provence, chambre 17, 11 février 2008, 07/08061.

porté atteinte aux droits de la défense, dès lors que l'employeur était en droit de diligenter une enquête interne et de la mener sans que le salarié dispose d'un droit d'être entendu ou de se faire communiquer le rapport avant son entretien préalable, en l'absence de droit d'accès au dossier disciplinaire, étant relevé au surplus qu'il n'est nullement justifié que cette enquête ait été menée de manière déloyale. En outre, le rapport d'enquête interne est versé aux débats lors de la présente instance et donc soumis au principe de la contradiction et aux observations des parties »[3001]. Ce rapport doit être communiqué à l'instance dirigeante ou, lorsque cette dernière est mise en cause, à l'autorité de contrôle, afin de décider des suites à donner[3002].

492. Les mesures de remédiation. L'enquête peut démontrer l'existence de failles dans le dispositif de *compliance* et son efficacité. Elle peut également démontrer la matérialité des faits reprochés à un salarié de l'entreprise[3003]. Dans ce cas, le comportement fautif, caractérisé par l'Agence française anticorruption comme « le non-respect des règles de discipline fixées par le règlement intérieur et donc par le code de conduite anticorruption qui y est intégré » est sanctionné[3004]. Les sanctions doivent figurer dans le règlement intérieur et être proportionnées à la faute commise[3005]. L'instance dirigeante peut faire le choix de publier un recensement des sanctions disciplinaires prises sous un format garantissant l'anonymat, « afin de rappeler la politique de tolérance zéro à l'égard de tout comportement contraire à l'intégrité et à la probité »[3006]. La gravité des faits reprochés peut également conduire à saisir le juge qui pourra dans ce cas requérir auprès de l'employeur la communication d'informations jugées utiles à la manifestation de la vérité. La Cour d'appel d'Orléans, le 25 février 2016, a ainsi validé la communication, après occultation des noms des témoins, du rapport de l'enquête interne et des témoignages produits[3007]. Il en a été de même avec la cour d'appel de Paris le 14 octobre 2021 qui juge que « M. A Y dispose donc d'un motif légitime pour solliciter la communication du rapport d'enquête interne le concernant. Il sera fait droit à la demande de communication du rapport de l'enquête interne réalisée par la société avant son licenciement, sans qu'il soit utile de transmettre également la méthodologie de l'enquête, la qualité des personnes ayant procédé à l'enquête, la liste des personnes interrogées, les dates des entretiens, les retranscriptions des entretiens ayant eu lieu, les questions posées, ces éléments appartenant au rapport d'enquête lui-même, et sans qu'il soit nécessaire de prononcer une astreinte »[3008]. À l'instar du *legal hold*, mécanisme de *common law*, prévoyant une obligation pour la personne morale menant une enquête interne de préserver les informations susceptibles d'être pertinentes lorsqu'un

[3001] CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 29 août 2018, 16/13810, JurisData n° 2018-014752.

[3002] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 276.

[3003] *Ibidem*, pt. 341.

[3004] *Ibid*, pt. 339.

[3005] *Ibid*, pt. 343.

[3006] *Ibid*, pt. 345 bis.

[3007] CA Orléans, chambre sociale, 25 février 2016, 15/01500.

[3008] CA Paris, Pôle 6, chambre 2, 14 octobre 2021, 20/07466, JurisData n° 2021-016170.

contentieux judiciaire est raisonnablement prévisible[3009], les lignes directrices du Procureur de la République financier et de l'Agence française anticorruption rappellent l'importance pour l'entreprise de « garantir la préservation des preuves » dans le cadre d'investigations internes précédant l'ouverture d'une enquête judiciaire[3010]. Le cas échéant, le rapport d'enquête interne pourra donc être transmis aux autorités judiciaires compétentes.

L'enquête peut enfin démontrer l'existence de dommages causés par l'entreprise à des parties prenantes. Dans ce cas le guide de l'OCDE sur le devoir de diligence prévoit un devoir de « *réparation légitime* » pour l'entreprise qui doit faire en sorte que les personnes affectées par son activité soient placées dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si l'impact négatif ne s'était pas réalisé[3011]. De la même manière, l'article 2 de la loi vigilance, codifié à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce fait peser sur le sujet de la loi vigilance l'obligation de réparer « le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter »[3012].

Sans décision *in fine*, l'enquête est inutile[3013]. Elle s'inscrit ainsi dans un ensemble cohérent en s'intégrant aux trois piliers classiques de la *compliance* : prévention, détection et réaction[3014]. L'Agence française anticorruption recommande que le rapport d'enquête soit communiqué aux dirigeants en vue d'une décision[3015] et notamment l'engagement d'actions disciplinaires[3016] ou judiciaires[3017]. Cette vision est confirmée par l'article 4 du décret du 3 octobre 2022 qui dispose que « la procédure prévoit que l'entité communique par écrit à l'auteur du signalement, dans un délai raisonnable n'excédant pas trois mois à compter de l'accusé de réception du signalement ou, à défaut d'accusé de réception, trois mois à compter de l'expiration d'une période de sept jours ouvrés suivant le signalement, des informations sur les mesures envisagées ou prises pour évaluer l'exactitude des allégations et, le cas échéant, remédier à l'objet du signalement ainsi que sur les motifs de ces dernières ». L'enquête nécessite toutefois une grande prudence de la part de l'entreprise eu égard aux informations collectées.

[3009] F. JOURDAN et T. MAGLOIRE, « Comment mener une enquête interne ? », *JCP E*, 6 janvier 2022, n°1, 1003.

[3010] PRF-AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019.

[3011] Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018, p. 38.

[3012] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), article 2.

[3013] W. FEUGÈRE, art. cit.

[3014] *Ibidem*.

[3015] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 276.

[3016] *Ibidem*, pt. 277.

[3017] *Ibid*., pt. 278.

B. Le sort des informations collectées lors de l'enquête interne

493. Le sort des informations collectées. L'enquête interne nécessite la collecte de données relatives à l'identification de pratiques répréhensibles, donnant nécessairement lieu à des analyses, notes, entretiens, échanges, et audits sur lesquels la maîtrise de l'entité s'avère limitée[3018]. Ces documents commandent pourtant la plus grande prudence puisqu'ils peuvent être examinés par les autorités de régulation ainsi que par le juge en cas de procédure pénale alors même qu'« *un échange interne ou un compte-rendu d'entretien peuvent bien souvent laisser apparaître des éléments défavorables à l'entité* »[3019]. Si, en principe, les documents émanant de l'avocat bénéficient de la protection du secret professionnel **(1)**, en revanche, les documents qui émanent du juriste ne bénéficient pas d'une telle protection **(2)**.

1. La protection relative offerte par l'avocat

494. L'étendue du secret professionnel de l'avocat. Le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu. Il couvre les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier, tant dans le domaine du conseil que de la défense[3020]. Le secret professionnel de l'avocat ne couvre pas, en revanche, les échanges avec des tiers tels que les anciens salariés, fournisseurs, sous-traitants, et experts comme les experts-comptables[3021].

Le secret professionnel ne couvre pas non plus tous les échanges entre l'avocat et son client. Aux termes des articles 56-1 et 56-1-1 du code de procédure pénal, le secret du conseil n'est pas opposable en cas de saisie dès lors qu'il est sans lien avec l'exercice des droits de la défense. La période couverte par le secret professionnel du « conseil-conseil » est celle qui précède la commission des faits délictueux[3022]. Cette restriction n'est pas susceptible d'affecter le rapport d'enquête interne qui intervient postérieurement aux faits. Le secret du conseil reste protégé, à la condition qu'il se rapporte aux droits de la défense, c'est-à-dire lorsqu'une personne a commis ou pense avoir commis une infraction. Cette situation correspond parfaitement à celle de l'enquête interne pour laquelle l'avocat est sollicité lorsque l'entreprise soupçonne l'existence de faits délictueux sans en avoir la certitude. Le guide relatif aux enquêtes internes

---

[3018] E. DAOUD et S. SFOGGIA, art. cit.

[3019] *Ibidem*.

[3020] LOI n° 71-1130, 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article 66-5.

[3021] Cass. 1re civ., 15 mars 2017, n° 15-25.649 : où il a été jugé que les correspondances entre avocat et expert-comptable du client, fut-il le mandataire dudit client, ne sont pas couvertes.

[3022] B. GRAULLE et Y. RAHIM, « Préserver le secret professionnel de l'avocat dans l'enquête interne et son résultat », in M-A. FRISON-ROCHE et M. BOISSAVY (dir.), *Compliance et droits de la défense*, Dalloz, Régulation & Compliance, p. 198.

publié par l'Agence française anticorruption et le Parquet national financier prétend pourtant que le document rédigé à l'issu de l'enquête interne n'est protégé par aucune secret professionnel.

Si le rapport d'enquête établi par un avocat est, en principe, soumis à un secret professionnel opposable aux autorités, l'article 56-1-2 du Code de procédure pénale, introduit par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dispose que « le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du Code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ». Cette disposition aura sans doute des incidences sur le rapport d'enquête établis par l'avocat en matière de corruption, fraude fiscale ou blanchiment[3023]. De même, les avis juridiques produit dans le cadre de l'enquête interne ne bénéficient pas du secret professionnel.

2. L'absence de protection des avis juridiques

495. L'absence de protection des avis juridiques. L'absence de protection des avis juridiques présente un enjeu majeur de *compliance* **(a)** ouvrant le débat sur la forme que devrait prendre cette protection **(b)**.

a. Les enjeux de la protection des avis juridiques en matière de *compliance*

496. Le défaut de protection des avis juridiques. En France, les juristes d'entreprise sont, comme les avocats, soumis au secret professionnel sur le fondement des articles 55 et 58 de la loi du 31 décembre 1971. Cependant, il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 que le secret professionnel a uniquement vocation à protéger les documents s'inscrivant dans le cadre de la relation avocat client, à l'exclusion de tout document émanant d'un juriste d'entreprise[3024]. Ce dernier connaît donc une situation paradoxale, dans laquelle il est contraint de respecter le secret professionnel au même titre que les avocats alors même que les avis juridiques qu'il rédige ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel, contrairement à ceux des avocats[3025]. Or, les juristes de l'entreprise sont les « *confidents naturels* » de l'entreprise, et il est indispensable « *qu'ils puissent recueillir les confidences internes et donner*

[3023] W. FEUGERE, art. cit.

[3024] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, établi par R. GAUVIN, Rapport à la demande de Monsieur Éd. PHILIPPE Premier Ministre, 26 juin 2019., p. 45.

[3025] *Ibidem*.

des conseils en toute sécurité, c'est-à-dire dans le secret qui leur permettra de tout savoir pour mieux conseiller, à l'instar de l'avocat avec son client »[3026].

497. Les enjeux de la protection des avis juridiques en matière de *compliance*. Le défaut de protection de la confidentialité des échanges des responsables juridiques avec leurs interlocuteurs au sein des entreprises fragilise les directeurs juridiques français de grands groupes. Leurs écrits étant moins bien protégés que ceux de leurs subordonnés américains ou Britanniques, par exemple, bénéficiant du *legal privilege* ou d'une forme similaire de protection, ils deviennent exclus de certaines chaînes de discussion entre leurs subordonnés. Cette situation incite par ailleurs les entreprises françaises à recruter des avocats américains ou britanniques qui peuvent rester avocat et donc bénéficier du *legal privilege*, même en étant salarié en entreprise, plutôt que des directeurs juridiques français, voire à délocaliser les directions juridiques hors de France[3027].

L'absence de protection des échanges est un obstacle au développement d'échanges internes sur les sujets de *compliance*[3028]. Cette absence de protection est d'autant plus problématique que la *compliance* offre au juriste une place de plus en plus grande dans la stratégie de l'entreprise. Dans soixante-dix pour cent des cas, les programmes de *compliance* sont ainsi confiés à la direction juridique et, lorsqu'elle n'est pas sous leur charge, ils y sont forcément associés[3029]. À défaut de leur secret, le contrôle de la conformité au droit qui permet de corriger ou d'améliorer des pratiques de l'entreprise pour en accroître la sécurité juridique devient une autoincrimination de l'entreprise et crée de nouveaux moyens de pression contre elle[3030].

Ce moyen de pression est largement exploité par les autorités judiciaires étrangères, notamment les autorités américaines[3031]. Lors de leurs investigations, ces dernières obtiennent des entreprises françaises la communication d'informations qui n'auraient pas été communicables par leurs concurrentes américaines ou britanniques[3032] : « *Les entreprises françaises ne sont pas à armes égales, la situation française sur ce point essentiel est anarchique et dangereuse* »[3033]. Cette absence de protection place les entreprises françaises dans une situation asymétrique défavorable par rapport à leurs concurrents de la plupart des grands pays partenaires économiques de la France, au sein comme hors de l'Union européenne, qui organisent une protection de la confidentialité des avis juridiques des juristes d'entreprise

---

[3026] L. DEGOS, « L'avocat (salarié) en entreprise : totems et tabous », *JCP G* 22 février 2021, n° 8-9, 216.

[3027] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* », préc., p. 45.

[3028] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit*., p. 255.

[3029] Audition de Marc MOSSE, président de l'Association des juristes d'entreprise du 10 mars 2021, par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne.

[3030] L. DEGOS, art. cit.

[3031] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* », préc., p. 3.

[3032] *Ibidem,* p. 54

[3033] J.-Y. TROCHON, art. cit.

ou des avocats en entreprise. Asymétrie qui ne peut que s'accroître au regard de la discussion européenne autour d'un texte pour l'accès à la preuve électronique transfrontière et dans lequel il est conservé les privilèges notamment des juristes[3034]. Les entreprises françaises à cet égard seront encore une fois les moins bien protégées. L'enjeu est donc de protéger les secrets de l'entreprise et sa réflexion juridique interne contre les investigations des systèmes judiciaires étrangers, ce qui représente un enjeu d'intérêt national[3035].

Le processus a pourtant été initié en reconnaissant le secret professionnel ou l'obligation de confidentialité attachée à l'exercice des missions du délégué à la protection des données[3036]. Comme les avocats, le responsable du traitement peut ainsi s'opposer au contrôle de la CNIL sur le fondement du secret professionnel[3037]. Il doit dans ce cas indiquer les dispositions législatives ou réglementaires sur lesquelles il appuie cette opposition et la nature des données qu'il estime couverte[3038]. Il serait donc logique d'étendre ce secret professionnel aux responsables en charge de la *compliance*[3039]. La France n'est donc pas allée jusqu'au bout du processus de *compliance* en ne dotant pas les juristes d'outils permettant de mettre en œuvre efficacement les programmes de *compliance*[3040]. La réflexion est néanmoins ouverte pour pallier cette difficulté.

b. Les débats relativement à la forme de protection opportune pour les avis juridiques

498. L'échec du projet de création d'un statut d'avocat salarié. Pour répondre à cette problématique, la Chancellerie a travaillé sur un préprojet de loi prévoyant l'introduction du statut d'avocat salarié en entreprise. Cette solution est celle majoritairement retenue par les législations étrangères. Récemment par exemple, l'Espagne a reconnu le statut d'avocat d'entreprise, consacré par le Décret Royal 135/2021, en raison de l'influence de la jurisprudence de l'Union européenne sur le secret des avocats. Dans les pays de *common law*, il n'existe aucune distinction entre avocats en cabinet et avocats en entreprise[3041]. Tous

[3034] Audition de Marc MOSSE, président de l'Association des juristes d'entreprise du 10 mars 2021, par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne.

[3035] *Rapport sur l'avenir de la profession d'avocat*, D. PERBEN, août 2020 ; L. DEGOS, art. cit.

[3036] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 38, 5°.

[3037] J. BELGRAVE, « Comment préparer et gérer un contrôle de la CNIL? », *Journal du Management juridique*, septembre-octobre 2022, n° 90, p. 6.

[3038] *Ibidem*.

[3039] G. PERONNE et E. DAOUD, « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », *Dalloz IP/IT* 2017 p. 584.

[3040] Audition de Marc MOSSE, président de l'Association des juristes d'entreprise du 10 mars 2021, par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2, disponible en ligne.

[3041] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 45.

bénéficient du *legal privilege* pour l'ensemble de leurs avis et consultations juridiques[3042]. C'est également la solution préconisée par le rapport Gauvin qui conclut à son efficacité technique par l'utilisation du droit américain pour s'en protéger[3043]. Elle confère également aux entreprises françaises le même niveau de protection que celui dont bénéficient leurs principales concurrentes[3044]. Le projet s'est toutefois heurté à l'hostilité des avocats qui revendiquent notamment l'incompatibilité de leur indépendance avec le statut de salarié, ce qui fait bien peu de cas des confrères pourtant salariés dans une entreprise étrangère[3045]. *A contrario*, le Professeur Degos précise que l'indépendance « *comme l'impartialité, est d'une autre nature, elle se mesure à l'aune de l'absence de pression et de conflits d'intérêts* », elle rend possible le contrôle neutre et objectif de la conformité au droit, elle permet de corriger ou d'améliorer des pratiques de l'entreprise pour en accroître la sécurité juridique, et toutes choses qui sont la raison d'être d'un service juridique dans une entreprise[3046]. L'hostilité des avocats français au projet a pourtant conduit le ministre de la Justice à l'abandonner.

À défaut de la création d'un statut d'avocat salarié, la doctrine propose de donner un statut à la pratique des cabinets d'avocat-conseil de détacher leurs membres au sein de l'entreprise en vue d'effectuer en toute indépendance, une mission particulière de conseil et/ou d'assistance décrite dans une convention passée entre le cabinet et l'entreprise cliente[3047]. La convention, outre la description de la mission et la fixation des honoraires, aurait pour objet de prévoir les modalités en vue de préserver l'indépendance de l'avocat missionné, le respect du secret professionnel et la confidentialité des échanges[3048].

499. L'inefficacité internationale du secret professionnel. La protection de l'avis juridique pourrait reposer sur la chose, c'est-à-dire les actes, les notes, les correspondances dont la teneur est protégée en raison de son sujet au contraire du secret professionnel qui dépend de la personne. Le Professeur Degos doute de l'efficacité d'une telle protection qui serait certes, effectivement respectée en droit interne, mais certainement pas en matière internationale, notamment vis-à-vis des investigations extraterritoriales : « *À défaut de pouvoir faire état d'un titre reconnu par les traités internationaux, cette confidentialité locale est un coup d'épée dans l'eau* »[3049].

[3042] F. G'SELL, « Qu'est-ce que le legal privilege ? Perspectives anglo-américaines », *JCP G* 22 mars 2021, n° 12, 337.

[3043] *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, préc., p. 5.

[3044] *Ibidem*.

[3045] L. DEGOS, art. cit.

[3046] *Ibidem*.

[3047] M. BENICHOU, G. VAUTRIN, P. LE GOFF, S. NONORGUE, P. MEYSONNIER, « Un subordonné de défiance : l'avocat salarié en entreprise », *JCP G* 22 février 2021, n° 8-9, 215.

[3048] *Ibidem.*

[3049] L. DEGOS, art. cit.

Les législations du *common law* reconnaissent, en effet, le *legal professional privilege* qui permet de refuser de communiquer les échanges entre un avocat et son client dans le cadre d'une investigation[3050]. Les tribunaux britanniques lient la protection ainsi accordée au fait que des conseils juridiques ont été fournis par un professionnel du droit agissant ès qualités. Il ressort toutefois de la jurisprudence britannique que les juristes d'entreprise étrangers semblent pouvoir bénéficier du privilège dès lors qu'ils parviennent à établir qu'ils délivrent légalement des conseils juridiques à titre professionnel, même s'ils ne sont pas membres d'un barreau ni bénéficiaires d'une protection dans leur pays d'exercice[3051]. *A contrio*, les tribunaux américains fondant la protection sur le fait que la prestation juridique a été fournie par un membre du barreau, ainsi l'absence d'appartenance au barreau des juristes d'entreprise étrangers a souvent conduit à rejeter le bénéfice du *legal privilege* [3052].

Le 10 juillet 2023, l'Assemblée nationale a finalement adopté un amendement à la loi orientation et programmation du ministère de la Justice 2023-2027 prévoyant la confidentialité des consultations juridiques rédigées par un juriste d'entreprise ou sous son contrôle[3053]. La confidentialité ne concernait que les consultations juridiques précisément identifiées et destinées aux organes de direction, d'administration ou de surveillance. Cette approche vise à éviter l'écueil de la création d'une nouvelle profession du droit réglementée soulevée par les représentants des avocats[3054]. Cette confidentialité s'appliquerait dans le cadre d'une procédure ou d'un litige en matière civile, commerciale ou administrative, les documents ne pouvant faire l'objet d'une saisie ou d'une obligation de remise à un tiers, y compris à une autorité administrative française ou étrangère. Elle pourrait être contestée dans un délai de quinze jours devant le juge des libertés et de la détention par l'entreprise « tenue d'être assistée ou représentée par un avocat » dans cette procédure afin de contenter les avocats réfractaires à l'adoption du texte[3055]. La confidentialité, en revanche, n'est pas opposable dans le cadre d'une procédure pénale ou fiscale afin « *d'éviter la fronde des magistrats et de l'administration fiscale* » [3056]. Le Conseil constitutionnel considère toutefois, dans une décision n° 2023-855 DC du 16 novembre 2023 que le paragraphe IV de l'article 49 de la loi, relatif aux dispositions sur la confidentialité des avis des juristes d'entreprise « ne présente pas de lien, même indirect, avec les dispositions de l'article 19 du projet de loi initial, relatif au diplôme requis pour accéder à la profession d'avocat. Il ne présente pas non plus de lien, même indirect, avec aucune autre des dispositions qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat »[3057] et que

---

[3050] F. G'SELL, art. cit.

[3051] *Ibidem*.

[3052] *Ibid* ; E. DAOUD et S. SFOGGIA, art. cit.

[3053] Amendement n°1512 du texte n°1440, adopté par la commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (n°1346), article 19, I.

[3054] P. JANUEL, « L'assemblée adopte le legal privilege des juristes en entreprise », *Dalloz Actualité*, Affaire, le 12 juillet 2023.

[3055] *Ibidem* ; Amendement n°1512 du texte n°1440, adopté par la commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (n°1346), article 19, I.

[3056] *Ibid*.

[3057] Cons. const., Loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, Décision n° 2023-855 DC du 16 novembre 2023, §147.

dès lors, « il y a lieu de constater que, adopté selon une procédure contraire à la Constitution, le paragraphe IV de l'article 49 lui est donc contraire » [3058].

500. Conclusion §1. L'implicite obligation de mener une enquête interne. S'il n'existe à ce jour aucune obligation légalement contraignante de lancer une enquête interne à la suite d'une alerte, le sujet de la *compliance* doit tout de même être en mesure de justifier la décision de ne pas en lancer une en cas de contrôle ou d'ouverture d'une procédure judiciaire[3059]. Les investigations étant de nature à déterrer des informations compromettantes pour l'entreprise, l'absence de protection des données collectées nourrit une réticence vis-à-vis de la *compliance* susceptible d'affaiblir son efficacité[3060]. Cette réticence ressort des résultats d'une enquête de 2021-2022 d'Éthicorp en partenariat avec l'Association française des juristes d'entreprise, qui révèle que six alertes sur dix donnent lieu à une enquête interne, vingt-neuf pour cent à une sanction disciplinaire, vingt-trois pour cent à une action de sensibilisation, vingt-trois pour cent à une révision des process de l'entreprise et vingt pour cent à un licenciement[3061]. Cette réticence est renforcée par les obligations de transparence qui pèsent sur l'entreprise et l'obligent à révéler les informations découvertes.

§2. LES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE

501. Les obligations de transparence. La révolution que constituent les obligations de *compliance* consiste pour de nombreuses entités à devoir désormais identifier par écrit les risques, conserver les preuves des éventuelles alertes dont elle a pu connaître, ou encore répertorier ses actions et ses réactions[3062]. En d'autres termes, il ne s'agit plus seulement de s'assurer que l'entité a mis en place un certain nombre de mesures pour se conformer avec la loi et laisser peser la charge de la preuve contraire sur la partie adverse, il échet à l'entité elle-même d'en apporter les preuves suffisantes par le biais de documents imposés[3063] **(A)**. Lorsque le sujet de la *compliance* détecte, par le biais de son système de *compliance*, des faits répréhensibles, elle les signale à l'autorité compétente **(B)**.

A. Le reporting

502. La gestion de la preuve au cœur des nouvelles obligations documentaires. La communication de documents est un exercice périlleux qui apparaît autant comme une garantie qu'un risque pour la personne qui s'y adonne : « *la garantie d'échapper à une amende ou de*

[3058] *Ibidem*, §148.

[3059] V. MUNOZ-PONS, art. cit.

[3060] M. MOSSE, « Le juriste au cœur du devoir de vigilance », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 215-226.

[3061] L. BRASSAC, « Sapin II : où en sont les entreprises dans leur mise en conformité ? (et Infographie) », *actuEL Direction juridique*, Dalloz actualité, 19 avril 2022.

[3062] E. DAOUD et S. SFOGGIA, art. cit.

[3063] *Ibidem*.

limiter sa responsabilité, mais aussi le risque d'en dire trop ou pas assez »[3064]. L'intérêt de ces documents est « *d'autant plus grand pour le juge que les liaisons avec le pénal sont dangereuses* »[3065]. À ce titre, en matière de lutte contre la corruption, « *infraction occulte par excellence* », la difficulté de la preuve a longtemps expliqué la rareté des condamnations[3066]. À présent, l'entité elle-même devra être en mesure de produire, en amont de toute procédure, « *des documents susceptibles de jouer, un jour au prétoire, en sa faveur ou sa défaveur* »[3067].

Les obligations liées aux lois de *compliance* imposent la production de documents, au premier rang desquels la cartographie des risques et sa mise à jour, mais aussi les procédures mises en place et le contrôle de leur efficacité, le dispositif d'alerte, ou encore le code de conduite. La production de ces documents vise pour l'assujetti à démontrer sa conformité aux obligations de *compliance*. Ces documents doivent donc avoir pour ambition de prouver que des mesures adaptées, efficaces et proportionnées ont été mises en place afin de prévenir et détecter d'éventuels risques de corruption et de trafic d'influence par exemple[3068]. La sincérité de l'entité concernée est « *un élément essentiel de sa mise en conformité* » apprécié par les institutions de contrôle devant conduire à proscrire toute tentation de décrire une situation non conforme à la réalité[3069]. Si l'entité ne peut donc pas passer sous silence tout ce qui la met en difficulté, cela ne signifie pas pour autant qu'elle livrera toutes ses faiblesses, ses avocats ayant tôt fait de lui conseiller, dans le constat de ses risques, de choisir le langage théorique, conditionnel, pour rédiger ces documents, « *plutôt que le passé composé du fait réalisé* »[3070]. En outre, si des alertes ou insuffisances sont remontées, l'entité ne peut les passer sous silence ou les constater sans réagir, mais elle doit, en revanche, systématiquement documenter les mesures correctives qu'elle aura mises en œuvre, par exemple, le résultat de l'enquête menée, l'adaptation des procédures ou la mise en place de nouvelles formations[3071].

Le *reporting* oblige ainsi à une obligation de communication **(1)** et de conservation **(2)** des données.

1. Une obligation de communication des données

503. La diffusion du plan de vigilance. L'article L. 225-102-4-I alinéa 10 dispose que « le plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102 [du Code de commerce] », c'est-à-dire le rapport non financier. Le plan de vigilance et son compte-rendu sont donc soumis à une

[3064] *Ibid*.
[3065] *Ibid*.
[3066] *Ibid*.
[3067] *Ibid*.
[3068] *Ibid*.
[3069] *Ibid*.
[3070] *Ibid*.
[3071] *Ibid*.

double exigence de transparence : ils doivent être inclus dans le rapport non financier et faire l'objet d'une publicité. Pour donner sens à cette double exigence, la publicité requise du plan de vigilance et de son rapport ne peut pas être réalisé par la seule intégration au rapport du conseil d'administration ou du directoire, mais implique une publication via le site internet de la société[3072].

Cette obligation de transparence est une condition essentielle à l'autocontrôle qui implique nécessairement la connaissance des informations par l'ensemble des parties prenantes[3073]. Rendre public le plan revient également à le soumettre au contrôle du marché, bien que les limites à la discipline du marché aient été déjà rappelées à plusieurs reprises. La mission d'évaluation de la loi vigilance relève toutefois que, pour l'instant, les publications sont pour la plupart succinctes, « *ce qui ne signifie pas que les politiques soient limitées et faibles, mais que les entreprises retiennent de l'information* »[3074]. Ces informations peuvent, en effet, se retourner contre l'entreprise, qui est exposée juridiquement et médiatiquement. En conséquence, le rapport fournit des informations résumées et utilise en un langage technique, générique ou vague, « *pour ne pas ouvrir la porte à une critique pointilleuse* » [3075]. Les entreprises ne veulent, en effet, ni annoncer des initiatives qui pourraient ne pas être parfaitement réalisées, et dont elles seraient alors comptables ni s'exposer aux critiques en dévoilant des détails sensibles[3076]. Le rapport fait également état de l'impossibilité d'énoncer certaines pratiques. Dans des pays peu démocratiques, par exemple, des fournisseurs liés au pouvoir peuvent être imposés. Lorsque ces entreprises sont peu ouvertes au dialogue et au changement, les exigences du devoir de vigilance sont complexes à mettre en œuvre : « *pour améliorer concrètement la situation et prévenir les atteintes graves, les entreprises inventent parfois des solutions qui ne peuvent pas être énoncées. Par exemple, lorsqu'il faut " sauver la face " de ces partenaires incontournables, décrire ces solutions ruinerait les efforts faits pour pallier la mauvaise gouvernance dans les pays les moins démocratiques* »[3077].

L'établissement d'un rapport annuel est un dispositif de *reporting* imposé dans toutes les lois de *compliance* qu'il soit rendu public, comme c'est le cas dans la loi vigilance, ou qu'il soit transmis directement à l'autorité compétente, comme c'est le cas en matière de blanchiment.

504. Le rapport du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Une fois par an, le conseil approuve un rapport transmis à l'autorité de contrôle, sur l'organisation du dispositif de contrôle interne ainsi que sur les

---

[3072] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 35 ; A. REYGROBELLET, art. cit.

[3073] T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail* 2017, p. 380.

[3074] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 35.

[3075] *Ibidem*.

[3076] *Ibid*.

[3077] *Ibid*, p. 42.

incidents, les insuffisances et les mesures correctrices qui y ont été apportées[3078]. En ce qui concerne les sociétés de gestion de portefeuille, le règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise par exemple que « ce rapport décrit : a) Les procédures de contrôle interne mises en place en fonction de l'évaluation du risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ; b) Les moyens mis en œuvre pour l'exercice et le contrôle de l'activité de contrôle ; c) Les incidents et les insuffisances constatés ainsi que les mesures correctrices apportées »[3079]. Ce rapport, préparer au moins une fois par an est transmis à l'AMF lui offrant ainsi des informations de première main sur la mise en œuvre des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[3080]. Les autorités de poursuites bénéficient également d'une obligation de conservation des données à la charge des assujettis.

2. Une obligation de conservation des données

505. L'obligation de conservation des données au profit des autorités de contrôle. Dans un objectif de bonne administration de la preuve, l'assujetti est soumis à l'obligation de conserver un certain nombre de données. L'Agence française anticorruption fait ainsi savoir que les dossiers d'évaluation des tiers doivent être conservés cinq ans après la cessation de la relation d'affaires. L'assujetti doit également conserver et archiver les documents et informations qui composent son dispositif anticorruption, et notamment les méthodes suivies par l'organisation dans le cadre de l'élaboration de son dispositif anticorruption et de ses mises à jour, afin d'en assurer l'auditabilité[3081].

De même, les assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux supportent une obligation de conservation pendant cinq ans des documents et informations « relatifs à leurs relations d'affaires ou clients occasionnels, ainsi qu'aux mesures de vigilance mises en œuvre »[3082]. Cette conservation garantit à l'autorité de contrôle et à Tracfin, dans l'exercice de leur mission respective, la possibilité d'investiguer ou de reconstituer des transactions portant sur des opérations suspectes[3083].

[3078] Article R. 561-38-6, al. 3 du Code monétaire et financier.

[3079] Règlement général de l'Autorité des marchés financier, article 320-20.

[3080] Position AMF, Exigences relatives à la fonction de conformité, Textes de référence : articles 313-1 à 313-7, 313-54, 313-75, 318-4 à 318-6 du règlement général de l'AMF – DOC-2012-17, §3.1.

[3081] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 82.

[3082] Article L. 561-12 du Code monétaire et financier.

[3083] Lignes directrices conjointes entre la chambre nationale des huissiers de justice et Tracfin sur les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des huissiers de justice, p. 33.

Les opérateurs de service essentiel supportent également une obligation de conservation des analyses d'incident de sécurité affectant ses systèmes d'information essentiels pendant au moins six mois, afin notamment de les tenir à disposition de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information[3084]. Dans la même logique, les opérateurs d'importance vitale tiennent à la disposition de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information les décisions et dossiers d'homologation de leur système d'information sensible[3085]. Ce dossier comportant notamment l'analyse de risques et les objectifs de sécurité du système d'information sensible ; les procédures et les mesures de sécurité appliquées à ce système ; les rapports d'audit de la sécurité ; les risques résiduels et les raisons justifiant leur acceptation [3086].

Le responsable du traitement doit être, lui aussi, en mesure de documenter les mesures et processus mis en place au titre du règlement général de protection des données par l'écriture d'un registre des traitements[3087]. Ce document doit permettre d'identifier les parties qui interviennent dans le traitement des données, les catégories de données traitées, à quoi servent ces données, qui y accède, combien de temps elles sont conservées et comment elles sont sécurisées. Sa tenue a vocation à remplacer le régime des formalités préalables auprès de la CNIL par une démarche de « *corégulation* » au travers de laquelle « *le responsable du traitement est invité à se responsabiliser et à définir, par lui-même et souvent au travers du contrôle du délégué à la protection des données (DPD), les mesures de mise en conformité qu'il estime les plus adaptées à sa situation et sur la base desquelles il est tenu de rendre compte, tant auprès des autorités de contrôle que des personnes fichées, de son niveau exact de conformité à la loi* »[3088]. Cette formalité s'applique uniquement aux organismes de plus de deux-cent-cinquante employés agissant en qualité de responsables du traitement ou de sous-traitants, sauf si le traitement présente un risque élevé, qu'il n'est pas occasionnel ou qu'il porte sur des données sensibles[3089]. Cette obligation de conservation des données au profit des autorités de contrôle et de poursuite s'inscrit dans la démarche de coopération des sujets de la *compliance* avec ces autorités qui est propre à la *compliance*. Cette démarche de coopération implique nécessairement l'information de ces autorités par les sujets de la *compliance*.

[3084] Arrêté du 14 septembre 2018 fixant les règles de sécurité et les délais mentionnés à l'article 10 du décret n° 2018-384 du 23 mai 2018 relatif à la sécurité des réseaux et systèmes d'information des opérateurs de services essentiels et des fournisseurs de service numérique, JORF n°0225 du 29 septembre 2018, règle 21.

[3085] *Ibidem*, règle 5.

[3086] *Ibid*.

[3087] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 30 ; F. NAFTALSKI, « Feuille de route : les incontournables », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 253.

[3088] G. DESGENS-PASANAU, « Formation et sensibilisation des nouveaux acteurs : quelles solutions ? », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 260.

[3089] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 30.

B. L'information des autorités compétentes

506. L'information des autorités compétentes. Si le système français s'est inspiré du système anglo-saxon qui encourage la révélation des irrégularités aux autorités **(1)**, il est certains cas dans lesquelles la révélation constitue une obligation légale **(2)**.

1. La révélation spontanée des faits

507. La révélation spontanée des faits. La liberté de choix des entreprises de révéler les faits est protégée par le droit de ne pas s'auto-incriminer **(a)** bien qu'elle soit incitée **(b)**.

a. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

508. Le droit de ne pas révéler spontanément aux autorités les faits détectés. Le programme de *compliance* est mis en place par l'entreprise dans un objectif préventif. Dans le cas où, malgré ses efforts, l'entreprise détecte une irrégularité, elle peut légitimement ne pas vouloir la révéler spontanément aux autorités. Cela ne remettrait pas en cause, selon Madame Lefebvre-Dutilleul, « *la volonté de l'entreprise de bien faire* », qui pourra s'illustrer dans un tel cas par la prise de sanctions disciplinaires à l'encontre des salariés ou des dirigeants fautifs et, si nécessaire, en fonction de la gravité et/ou du caractère sérieux des irrégularités, la mise à jour du programme de *compliance*[3090]. Madame Lefebvre-Dutilleul soutient donc le droit des entreprises à ne pas révéler spontanément aux autorités les faits détectés, d'abord parce que les entreprises ne doivent pas se voir transférer la responsabilité du contrôle qui incombe aux autorités. Il est, en effet, « *dans l'intérêt de chacun de remplir son rôle de façon indépendante* »[3091]. L'entreprise a, ensuite, le droit de ne pas révéler spontanément aux autorités les faits détecter en raison de son droit à ne pas s'auto-incriminer[3092].

509. Les fondements au droit de ne pas s'auto-incriminer. L'article 14, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 consacre le droit à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable aux personnes accusées d'une infraction pénale. De même, l'article 3 de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales impose aux États membres de l'Union européenne de veiller « à ce que les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations » et notamment, « le droit de garder le silence ». Si cette garantie n'est pas expressément énoncée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé qu'il ne fait aucun doute que ce droit constitue une norme internationale généralement

---

[3090] V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, *op. cit.*, p. 211.
[3091] *Ibidem*.
[3092] *Ibid.*

reconnue au cœur du procès équitable[3093]. La Cour précise par ailleurs, qu'au stade de la recherche de la preuve, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est strictement lié au principe de la présomption d'innocence qui interdit à l'accusation de recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. Ce principe né ainsi de la nécessité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention, relatif au procès équitable[3094]. Dans la mesure où les droits contenus à l'article 6 ne sont pas absolus[3095], il est revenu à la Cour de développer son propre test de proportionnalité pour évaluer si un juste équilibre a été trouvé dans les affaires qui sont soumises à son appréciation entre la « protection de la substance même des droits de la CEDH » et d'autres intérêts, tels que l'intérêt public[3096]. Toute mesure poursuivant un intérêt légitime, mais ayant pour effet d'enfreindre le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination doit donc être strictement encadrée afin de ne pas toucher à la substance de ce droit. Si dans ses premiers arrêts, la Cour optait pour une interprétation stricte du droit de ne pas s'auto-incriminer, en considérant que la substance même de ce droit est l'absence de contrainte[3097], elle a depuis considérablement assouplie sa jurisprudence. La protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination s'est étoffé avec l'arrêt Jalloh c/ Allemagne[3098]. Désormais, non seulement le respect du privilège doit être apprécié sur la base de la nature et du degré de contrainte utilisée pour obtenir la preuve, mais il doit également prendre en compte le poids de l'intérêt public, l'existence de garanties pour les droits du suspect dans la procédure, et l'utilisation des informations ainsi obtenues. La Cour a ainsi adopté un test de proportionnalité entre les droits du suspect et la lutte contre la criminalité[3099]. Mis en application dans l'arrêt Jalloh, la Cour constate que le requérant était un « petit trafiquant de drogue » et conclue donc que dans ces circonstances « l'intérêt public à obtenir la condamnation du requérant ne saurait justifier le recours à (...) une atteinte grave à son intégrité physique et mentale »[3100]. Est-ce à dire qu'une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination serait acceptable si la personne était accusée de « crimes graves » ? En tout état de cause, ce principe semble circonscrit à la

[3093] CEDH, 25 février 1993, n° 10588/83, Funke c/France, *D*. 1993. 457, note PANNIER ; *D*. 1993. Somm. 387, obs. RENUCCI ; *RSC* 1994. 362, obs. KOERING-JOULIN ; *RSC* 1993. 581, obs. PETTITI ; *RUDH* 1993. 217, obs. SUDRE.

[3094] CEDH, 5e section, 14 octobre 2010, Brusco c/ France, req. n° 1466/07, *Gaz. Pal*. 2010, n° 290-292, p. 18-19, note M. BOUGAIN ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 297-299, p. 15-19, note O. BACHELET ; *D*. 2010, n° 44, p. 2950-2952, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2010. 2850, note D. GUERIN ; *D*. 2010. 2425, note F. ROME ; *D*. 2010. 2696, note Y. MAYAUD ; *D*. 2010. 2783, J. PRADEL ; *JCP E* 2010, 43, F. SUDRE ; *JCP E* 2011, 7, A. MARON, J.-H. ROBERT, M. VERON ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 37-39, p. 8-10, J.-B. PERRIER, D. FAYOLLE ; *RSC* 2011. 211, D. ROETS.

[3095] A l'exception des articles 3, 4 et 9, tous les droits contenus dans la CEDH ne sont pas absolus et peuvent donc être limités.

[3096] T. BOUGLON, « Obligation de déchiffrement d'un moyen de cryptologie et respect du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : quelle issue à prévoir en cas de contentieux français devant la CEDH ? », *RLDI* 1er mai 2021, nº 181.

[3097] v. par exemple : CEDH, 25 février 1993, Funke c/ France, nº 10828/84 ; CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c/ Royaume-Uni [Grande Chambre], nº 19187/91 ; CEDH, 8 février 1996, John Murray c/ Royaume-Uni [Grande Chambre], nº 18731/91.

[3098] CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne [Grande Chambre], nº 54810/00, §19.

[3099] T. BOUGLON, art. cit.

[3100] CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne [Grande Chambre], nº 54810/00, §19.

matière pénale, la Cour européenne des droits de l'homme soulignant que le critère déterminant des droits de la défense réside dans l'existence d'une « accusation en matière pénale »[3101].

Le droit de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence n'est pas expressément consacrée par le code de procédure pénale français. Ce silence s'explique, d'après Madame Mauro, par l'ambiguïté des expressions qui sont souvent utilisées et qui tendent à confondre le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit à ce que le juge ne tire aucune conséquence du silence[3102]. Le Conseil constitutionnel a toutefois reconnu que le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'autoaccuser découlent de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[3103]. Ces droits sont opposables aux autorités administratives.

510. L'opposition du droit de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence aux autorités administratives. Dans un arrêt du 2 février 2021, la Cour de justice de l'Union européenne est venue préciser la portée du droit au silence dans le cadre d'une enquête ouverte par une autorité administrative indépendante. Elle reconnait ainsi aux personnes auditionnées le droit de garder le silence sans s'exposer à des sanctions à caractère pénal au titre du délit ou du manquement d'entrave à l'enquête : « L'article 14, paragraphe 3, de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), et l'article 30, paragraphe 1, sous b), du règlement (UE) no 596/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6 et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, lus à la lumière des articles 47 et 48 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent aux États membres de ne pas sanctionner une personne physique qui, dans le cadre d'une enquête menée à son égard par l'autorité compétente au titre de cette directive ou de ce règlement, refuse de fournir à celle-ci des réponses susceptibles de faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal »[3104]. Le droit de garder le silence reçoit donc application devant les autorités administratives indépendantes dès la phase d'enquête[3105].

Les textes montrent, en revanche, que les personnes mises en cause sont parfois contraintes de participer à leur propre incrimination. La Charte de l'enquête de l'AMF énonce, par exemple, que les personnes sollicitées dans le cadre d'une enquête ont l'obligation de ne pas faire obstacle aux investigations menées par les enquêteurs de l'AMF et qu'il est attendu des personnes

---

[3101] CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c/ France, n° 1466/07, préc.

[3102] C. MAURO, « Garde à vue », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2014, §187.

[3103] Cons. const., 27 janvier 2012, n° 2011-214 QPC, Société COVED SA ; Cons. const., 8 juillet 2016, n° 2016-552 QPC, Société Brenntag.

[3104] CJUE, 2 février 2021, aff. C-481/19, *JCP E* 2021, 1226, note N. IDA ; *JCP G* 2021, 389, note H. MATSOPOULOU ; *RD bancaire et fin*. 2021, n° 42, note P. PAILLER ; *RTDF* n° 1-2/2021, p. 196, note E. DEZEUZE et N. RONTCHEVSKY.

[3105] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2016, §133.

sollicitées de répondre aux questions posées par les enquêteurs avec loyauté[3106] et même de « coopérer avec les enquêteurs »[3107]. De manière plus générale, dans le cadre des enquêtes et contrôles des autorités administratives indépendantes, les agents peuvent se faire communiquer tout document nécessaire à l'accomplissement de leur mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie[3108]. Cette obligation faite aux professionnels de communiquer des documents susceptibles de les incriminer semble porter atteinte au droit de garder le silence[3109]. Pour autant, dans une décision du 8 juillet 2016[3110], le Conseil constitutionnel a précisé que l'article L. 450-3 du Code de commerce relatif à l'enquête simplifiée de l'Autorité de la concurrence ne portait pas atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où il n'a pas pour objet d'obtenir un aveu de la part de la personne concernée, mais « simplement d'obtenir des documents nécessaires à la conduite de l'enquête ». La motivation n'apparaît pas convaincante, mais fut reprise par une décision de la commission des sanctions de l'AMF en 2020[3111]. Celle-ci a ainsi pu affirmer que le manquement d'entrave ne méconnaissait pas le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, en ce que l'objet du droit de communication des enquêteurs de l'AMF portant sur les « documents nécessaires à la conduite de l'enquête », ne « tend pas à l'obtention de l'aveu de la personne concernée » [3112]. En ajoutant que « la circonstance que le refus de communiquer les documents sollicités est susceptible de constituer un manquement d'entrave à l'enquête est indifférent » [3113], la Commission exclut que la menace d'une condamnation pour entrave porte atteinte au droit fondamental de ne pas contribuer à sa propre incrimination[3114]. Les lourdes sanctions prévues semblent pourtant bien de nature à contraindre une personne mise en cause à communiquer un document l'incriminant, transformant le manquement d'entrave en « une obligation de s'accuser »[3115]. L'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, par exemple, punit « toute personne qui, dans le cadre d'une enquête ou d'un contrôle effectués en application du I de l'article L. 621-9, sur demande des enquêteurs ou des contrôleurs et sous réserve de la préservation d'un secret légalement protégé et opposable à l'Autorité des marchés financiers, refuse de donner accès à un document, quel qu'en soit le support, et d'en fournir une copie, refuse de communiquer des informations ou de répondre à une convocation, ou refuse de donner accès à des locaux professionnels » d'une sanction pouvant atteindre cent millions d'euros ou le décuple du montant de l'avantage retiré

[3106] AMF, Charte de l'enquête, 17 octobre 2017, article II, B, 1.

[3107] *Ibidem*, article II, B, 2.

[3108] v. par exemple les articles : L. 621-10 et L. 621-10-1 du Code monétaire et financier ; L. 450-3 du Code de commerce ; article 44 de la LOI n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[3109] A. CAPPELLO, préc., §135.

[3110] Cons. const. 8 juillet 2016, préc.

[3111] AMF, Comm. sanctions, 17 avril 2020, SAN-2020-04, *D.* 2020, p. 1344, note D. SCHMIDT, p. 134 ; *Dr. Sociétés* 2020, n° 83, note J. GRANOTIER ; *BJB* mai 2020, n° 119a9, p. 52, note M. SAMUELIAN ; *RTD com.* 2020, p. 406, obs. Th. DE RAVEL D'ESCLAPON.

[3112] *Ibidem*.

[3113] *Ibid*.

[3114] « Élément matériel du manquement d'entrave aux enquêtes de l'AMF », *in* H. MATSOPOULOU et C. MASCALA (dir.), Le Lamy droit pénal des affaires.

[3115] D. SCHMIDT, « Manquement d'entrave : obligation de s'accuser », *BJB* 2020. 1, n° 119f4.

du manquement si celui-ci peut être déterminé[3116]. L'article 226-22-2 du Code pénal puni quant à lui « d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait d'entraver l'action de la Commission nationale de l'informatique et des libertés » et notamment en refusant de communiquer « les renseignements et documents utiles à leur mission, ou en dissimulant lesdits documents ou renseignements, ou en les faisant disparaître ». La personne mise en cause est ainsi face à un dilemme délicat entre communiquer les documents qui contribuent à son incrimination ou ne pas communiquer les documents sollicités par les enquêteurs et s'exposer à une sanction non moins lourde. L'interprétation faite du droit à ne pas s'auto-incriminer et à garder le silence par les juridictions nationales et les autorités administratives indépendantes semble donc réduire ces principes au seul droit de se taire et de ne pas avouer[3117]. L'application de ces principes expliquent certainement la réticence du législateur à imposer aux sujets de la *compliance* une obligation de révélation des faits susceptibles d'engager leur responsabilité, bien qu'ils y soient incités.

b. L'incitation à la révélation spontanée

511. L'incitation à la révélation spontanée des faits par la réduction de l'amende encourue. L'Agence française anticorruption rappelle que « lorsque l'instance dirigeante n'a pas, compte tenu de sa qualité, l'obligation de mettre en œuvre les dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale en informant l'autorité de poursuite compétente des atteintes qui seraient de nature à constituer une infraction pénale, elle demeure libre de le faire si elle l'estime opportun, ainsi que de déposer plainte, le cas échéant »[3118]. La révélation des faits demeure, en effet, du libre arbitre des sujets de la *compliance* en matière de lutte contre la corruption. À cet égard, le rapport de phase 4 de l'OCDE déplore que les signalements spontanés des entreprises « ne représentent encore qu'une part résiduelle des enquêtes ouvertes » bien que leur nombre soit appelé à progresser compte tenu du « nouveau cadre de prévention et de détection de la corruption mis en place par la loi Sapin 2 »[3119]. Si la France indique notamment que la mise en place de dispositifs d'alerte interne constitue une incitation à la divulgation, l'OCDE rejette cet argument relevant qu'il constitue « une démarche distincte »[3120]. Il faut donc rechercher ailleurs l'incitation à la divulgation, et notamment dans la possibilité de négocier et conclure une convention judiciaire d'intérêt publique. À cet égard, la circulaire du directeur des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018[3121] précise que la divulgation spontanée est un des éléments ayant vocation à être pris en compte pour évaluer l'opportunité de mettre en œuvre

---

[3116] Article L. 621-15, III, c du Code monétaire et financier.

[3117] « Élément matériel du manquement d'entrave aux enquêtes de l'AMF », préc.

[3118] AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, 4 décembre 2020, pt. 81.

[3119] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Rapport de Phase 4, France, OCDE, 2021, p. 19.

[3120] *Ibidem*, p. 40.

[3121] Circulaire du directeur des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales de la loi Sapin 2.

une Convention judiciaire d'intérêt public et déterminer le montant de l'amende. Les lignes directrices du Parquet national financier et de l'Agence française anticorruption précisent par ailleurs que les faits doivent être signalés dans un délai raisonnable et que la révélation doit être circonstanciée pour apporter toute précision nécessaire au parquet[3122]. À titre d'exemple, le 17 aout 2021 la société Unilabs France et le groupe Unilabs ont porté spontanément à la connaissance du parquet national financier français l'existence de plusieurs plaintes pour fraude fiscale ou escroqueries visant plusieurs laboratoires français du groupe[3123]. Le groupe indique par ailleurs au Parquet national financier sa volonté de collaborer à l'enquête, notamment en partageant avec les autorités des éléments factuels et documentaires recueillis dans le cadre de l'enquête interne que le groupe a mené antérieurement à la saisie du Parquet. La coopération du groupe sera prise en compte en tant que facteur minorant du montant de l'amende « du fait de la révélation des faits par l'entreprise, de la pertinence des investigations internes ainsi que de la coopération active de la personne morale en amont de l'enquête puis lors de la phase de négociation de la présente convention »[3124].

Le rapport de phase 4 de l'OCDE regrette toutefois qu'aucune précision ne soit apportée concernant les modalités de prise en compte de la divulgation spontanée dans le calcul du montant de l'amende d'intérêt public, ce qui constituerait la source de la faiblesse persistante du nombre de divulgation spontanée[3125]. Tirant les conséquences du rapport, les nouvelles lignes directrices du PNF précisent désormais un plafond de majoration ou de minoration de l'amende pour chaque critère pertinent. Elles indiquent ainsi que la révélation spontanée est un facteur minorant le montant de l'amende dans une limite de cinquante pour cent[3126].

2. Les obligations d'information des autorités compétentes

512. Les obligations d'information des autorités compétentes. L'entreprise est appelée à se substituer aux enquêteurs en dénonçant les infractions[3127]. Tel est par exemple le cas de la déclaration des incidents de sécurité **(a)** et de la déclaration de soupçon **(b)**.

a. La déclaration des incidents de sécurité

513. Les obligations de déclaration en matière d'incidents de sécurité des informations. Les opérateurs de service essentiel sont tenus de déclarer à l'Agence nationale

[3122] Lignes directrices PNF-AFA, 26 juin 2019.
[3123] CJIP UNILABS, 8 décembre 2022, Ref. PNF : 21.245.000.538, pt. 6.
[3124] *Ibidem*, pt. 31.
[3125] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, Rapport de Phase 4, France, 2021, p. 40.
[3126] PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, pt. 3.1.3.
[3127] E. DAOUD et H. PARTOUCHE, « Loi sapin II, RGPD, loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance », Revue Lamy droit des affaires, n° 136, 1er avril 2018.

de la sécurité des systèmes d'information les incidents qui ont un impact significatif sur la continuité des services essentiels qu'ils fournissent[3128]. À l'instar des opérateurs de service essentiel, les fournisseurs de services numériques ont l'obligation de notifier à l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information et, le cas échéant, aux personnes concernées, tout incident ayant un impact significatif sur la fourniture du service tel que les piratages[3129]. L'obligation est ainsi subordonnée à l'existence d'un impact significatif de l'incident de sécurité. Pour évaluer l'importance de cet incident, la loi du 26 février 2018 mentionne plusieurs critères : le nombre d'utilisateurs touchés par l'incident, sa durée, sa portée géographique, la gravité de la perturbation du fonctionnement du service et l'ampleur de son impact sur le fonctionnement de la société ou de l'économie. Il est toutefois précisé que cette obligation n'est pas applicable dans le cas où le fournisseur de service dispose des informations nécessaires pour évaluer lui-même l'impact de l'incident. Lorsque cela est nécessaire pour prévenir ou traiter un incident ou lorsque cela est justifié par un motif d'intérêt général, l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information peut exiger du fournisseur qu'il informe le public de cet incident.

De même, en cas de violation de données à caractère personnelles, l'article 33 du règlement sur la protection des données impose au responsable du traitement de notifier la violation à l'autorité de contrôle « dans les meilleurs délais, et si possible 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance ». Il peut s'agir, par exemple, de faille de sécurité, d'accès frauduleux au système d'information de l'organisation, de prise de contrôle à distance ou encore d'exécution d'un virus[3130].

b. La déclaration de soupçon

514. L'objet de la déclaration de soupçon. Les assujettis à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont soumis à des obligations de déclaration et d'information. Ils sont ainsi tenus de déclarer à une cellule de renseignement financier national, les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an, d'une fraude fiscale ou sont liées au financement du terrorisme[3131]. Les lignes directrices conjointes de la DGCCRF et de Tracfin précisent que le soupçon « résulte d'un doute qui conduit le professionnel à s'interroger sur la licéité de l'origine des sommes ou sur la licéité de l'utilisation qui sera faite des sommes engagées. Il est le fruit d'une réflexion objective et méthodique du professionnel »[3132]. Les déclarations à Tracfin résultent non seulement de la connaissance ou

[3128] C. FERAL-SCHUHL, Cyberdroit 2020/2021, Dalloz, Praxis, 8e éd., 2020, p. 1123.
[3129] *Ibidem*.
[3130] F. NAFTALSKI, art. cit.
[3131] Article L. 561-15 du Code monétaire et financier.
[3132] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au

du soupçon que l'on peut avoir sur l'origine des fonds, mais également d'une série d'indices qui permettent au professionnel « d'avoir de bonnes raisons de soupçonner » que ces fonds ont une origine délictueuse[3133]. Doivent ainsi être renseigné auprès de la cellule de renseignement financier national, les informations relatives à certaines opérations présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme en raison du pays d'origine ou de destination des fonds, de la nature des opérations en cause ou des structures juridiques impliquées dans ces opérations[3134]. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 31 mars 2004, précise que dès lors que les informations recueillies et l'analyse effectuée par le professionnel ne lui permettent pas d'écarter tout soupçon sur la licéité de l'opération, une déclaration doit être effectuée[3135]. C'est ainsi que le professionnel est également tenu de faire une déclaration de soupçon lorsque l'identité du client ou du bénéficiaire ou encore le constituant de tout instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteux en dépit des mesures de vigilances auxquelles il a été procédé[3136].

Les soupçons dévoilés ne portent pas uniquement sur l'infraction de blanchiment ou de financement du terrorisme. Un grand nombre d'infractions peuvent, en effet, être liées au blanchiment de capitaux et sont donc concernées par la déclaration de soupçon. C'est le cas, par exemple, de l'abus de biens sociaux, de la contrefaçon, de l'escroquerie, ou encore de l'abus de confiance. Il n'appartient pas aux assujettis, en revanche, de détecter l'infraction sous-jacente à l'opération de blanchiment ni de rapporter la preuve de la matérialité des faits[3137].

515. Le moment de la déclaration de soupçon. La déclaration de soupçon est, en principe, effectuée préalablement à l'exécution de l'opération[3138]. Il s'agit de permettre à Tracfin d'exercer son droit d'opposition, ainsi la déclaration doit indiquer le délai d'exécution de l'opération[3139]. Un professionnel peut toutefois effectuer une déclaration de soupçon après que l'opération ait été réalisée, soit qu'il ait été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations, soit que le soupçon est apparu

8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 96.

[3133] *Ibidem*.

[3134] Article L. 561-15-1 du Code monétaire et financier.

[3135] CE, sixième et première sous-section, 31 mars 2004, SA Nextup c/ Commission bancaire et État, req. n° 256355, JurisData n° 2004-066899 ; *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2004, n° 5, p. 318-319, F.-J. CREDOT, Y. GERARD ; *BJB* 2004, n° 5, p. 627-638, obs. C. CUTAJAR ; *JCP E* 2004, 18.

[3136] Article L. 561-15-IV du Code monétaire et financier.

[3137] Lignes directrices de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et de Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L.561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

[3138] Article L. 561-16 du Code monétaire et financier.

[3139] Article R. 561-31, III, 6° du Code monétaire et financier.

postérieurement à la réalisation de l'opération[3140]. Dans ce cas, la déclaration est transmise sans délai[3141].

516. La protection du déclarant. L'organisation interne doit prévoir un dispositif de remontée d'informations sur les anomalies et les doutes émanant des personnes en contact avec la clientèle vers le correspondant et le déclarant Tracfin[3142]. Ces derniers sont également informés des incidents en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme révèle par les systèmes de contrôle interne ainsi que des manquements et des insuffisances constatées par la DGCCRF dans la mise en œuvre des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[3143].

Si les procédures de contrôle interne permettent, dans un premier temps, de détecter des anomalies, la déclaration de soupçon résulte surtout d'une analyse individuelle et d'un processus itératif qui permettent d'enrichir la réflexion et de confirmer éventuellement le soupçon[3144]. Il doit donc être précisé sur ce point que les assujettis, leurs dirigeants et préposés, ayant fait ces déclarations de bonne foi, font l'objet d'une irresponsabilité pénale contre toute poursuite en dénonciation calomnieuse[3145] ou en atteinte au secret professionnel[3146]. Le déclarant doit toutefois veiller à renseigner correctement la déclaration, conformément à l'article R. 561-31 du Code monétaire et financier, sous peine de voir la déclaration déclarée irrecevable et être privé du bénéfice des exonérations de responsabilités civile, pénale et professionnelle prévues à l'article L. 561-22 du Code monétaire et financier[3147].

Les déclarations de soupçons sont confidentielles, ce qui implique que seuls sont autorisés à détenir des informations sur ces déclarations le correspondant et le déclarant Tracfin, le service à compétence national Tracfin et les enquêteurs de la DGCCRF dûment habilitée et, dans certaines conditions énoncées à l'article L561-45 du Code monétaire et financier, la CNIL[3148]. La confidentialité implique l'interdiction pour le professionnel de communiquer le

---

[3140] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 108.

[3141] Article L. 561-16 du Code monétaire et financier.

[3142] Article R. 561-23 et R. 561-24 du Code monétaire et financier.

[3143] Lignes directrices de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et de Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L.561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, pt. 3.2.3.

[3144] *Ibidem*.

[3145] Article 226-10 du Code pénal.

[3146] Article 226-13 et 226-14 du Code pénal.

[3147] Lignes directrices conjointes entre la chambre nationale des huissiers de justice et Tracfin sur les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des huissiers de justice, pt. 90.

[3148] Lignes directrices de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et de Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L.561-2 du

contenu de la déclaration de soupçons à l'autorité judiciaire[3149]. Cette dernière doit formuler une demande auprès de Tracfin dans les conditions fixées par l'article L. 561-19-II[3150]. La confidentialité implique également l'interdiction pour le professionnel de communiquer le contenu de la déclaration de soupçons à ses clients. C'est ainsi que le 21 septembre 2022, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Naturgie qui, après avoir constaté l'existence de virements frauduleux effectués par sa comptable, reproche à la société Crédit Agricole d'avoir manqué à son obligation de vigilance sur le fondement des articles L. 561-5 et suivants du Code monétaire et financier[3151]. La Cour de cassation rend sa décision au motif que « les obligations de vigilance et de déclaration imposées aux organismes financiers en application des articles L. 561-5 à L. 561-22 du Code monétaire et financier, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016, ont pour seule finalité la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme » et qu'il résulte de l'article L. 561-19 du Code monétaire et financier que la déclaration de soupçon est confidentielle et qu'il est donc interdit d'en divulguer l'existence et le contenu, ainsi que les suites qui lui sont réservées notamment au propriétaire des sommes[3152]. Derrière cette affaire se cache un sujet récurrent : la tentative des victimes d'escroqueries d'obtenir une indemnisation par les établissements bancaires sur le fondement de leurs obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Dans ces situations, la réglementation n'est plus utilisée pour lutter effectivement contre un risque de blanchiment, mais pour prévenir des opérations frauduleuses. C'est justement ce dernier point qui est repris par la Cour, qui rappelle dans la motivation de sa décision qu'une banque n'est pas tenue de signaler les opérations douteuses qu'elle serait susceptible d'identifier sur le compte d'un de ses clients et certainement pas en vertu de la réglementation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme qui n'a pas « *pour finalité la satisfaction d'intérêts privés, mais uniquement la protection de l'intérêt général* »[3153]. La banque assujettie n'a pas le droit de révéler l'existence ou le contenu d'une déclaration de soupçon, sous peine d'être sanctionné d'une amende de vingt-deux-mille-cinq-cent euros[3154]. Le fait de s'efforcer de dissuader un client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas, en revanche, une divulgation[3155].

517. Le contrôle de la qualité du dispositif. Pour mettre fin au temps où certains jugeaient un établissement sans problème de blanchiment, car ne réalisant aucune déclaration

code monétaire et financier, de leurs obligations en matière lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, pt. 3.2.4.

[3149] *Ibidem*.

[3150] *Ibid*.

[3151] Cass. com., 21 septembre 2022, n° 20-22.828.

[3152] *Ibidem*.

[3153] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, Précis-Domat, 14e éd., 2021, n° 358, p. 254.

[3154] Article L. 561-18 ; L. 561-25, III ; L. 561-25-1, II ; L. 561-26 du Code monétaire et financier.

[3155] Lignes directrices conjointes entre la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Tracfin relatives à la mise en œuvre, par les professionnels visés au 8° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT), pt. 108.

de soupçons, les assujettis doivent pouvoir justifier d'une cohérence entre le nombre de déclarations de soupçons avec l'activité, l'exposition aux risques et le nombre de clients[3156]. Cette corrélation participe désormais à la démonstration de la qualité de son dispositif de *compliance*. C'est ainsi que pour sanctionner la société American Express carte France, la Commission des sanctions relève notamment que « le nombre de DS effectuées - 34 en 2018 - était particulièrement faible, au moment du contrôle sur place, au regard de la taille de l'établissement, qui avait environ 850 000 clients à la fin de la même année 2018, de nombreux défauts de DS, pour la plupart non contesté, ont été retenus par la Commission »[3157]. Lors de son contrôle sur place, l'autorité avait, en effet, constaté l'inefficacité du dispositif de suivi et d'analyse des relations d'affaires et des opérations de la société AECF confirmé par l'absence d'alerte et « illustrée par le grand nombre de défauts de déclarations de soupçon (ci- après « DS ») relevés par la mission de contrôle »[3158].

518. Conclusion §2. La coopération de l'entreprise dans la détection et la dénonciation des actes délictueux aux autorités de poursuite. C'est désormais sur l'entreprise que semble reposer la charge de la détection des délits et crimes, supprimant pour l'autorité de poursuite un certain nombre de difficultés. Encore faut-il pouvoir croire à une coopération pleine et entière des entreprises sans laquelle l'efficacité pratique du système semble à relativiser. À cet égard, l'Agence française anticorruption relève, par exemple, que parmi les entreprises ayant été confrontées à au moins un cas de corruption ou de trafic d'influence au cours des cinq dernières années, seules trente-deux pour cent ont déposé plainte ou transmis le dossier à la justice[3159].

[3156] Article 4 arrêté du 6 janvier 2021.
[3157] ACPR, American Express Carte France, procédure n° 2020-06, 12 juillet 2021, pt. 73.
[3158] *Ibidem*, pt. 16.
[3159] *Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise*, 30 septembre 2022, p. 4.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

519. La dénonciation au service de la *compliance*. « *Il y a sans doute dans notre pays un problème culturel vis-à-vis de l'alerte, car un amalgame dangereux est complaisamment entretenu entre le mauvais usage de la dénonciation – la délation, sournoise et honteuse – et son bon usage, lorsqu'il s'agit de dénoncer courageusement des crimes ou des délits portant gravement atteinte à l'intérêt général* »[3160]. Si la culture française a pu être un obstacle au fonctionnement de l'alerte, aujourd'hui, avec les mesures de protection des lanceurs d'alertes, cette logique est en train de changer. Ces signalements doivent permettre d'actualiser la cartographie des risques et de tirer les conséquences sur les améliorations à apporter aux éléments du dispositif de *compliance*. Un lien de confiance doit toutefois être créée entre l'entreprise et les salariés dans le recueillement et le traitement de l'alerte afin que le lanceur d'alerte ne se tourne pas vers la voie externe. Celle-ci fait, en effet, courir le risque à l'entreprise d'être exposée à une enquête judiciaire ou à un scandale médiatique, quand bien même aucun délit n'aurait eu lieu.

Désormais, les individus ne sont donc plus seuls à signaler des faits délictueux aux autorités, l'auto-dénonciation des entreprises se généralise au point de devenir une véritable stratégie juridique. La *compliance* provoque cette dénonciation par l'internalisation de procédures d'auto-contrôle dans l'entreprise. Dans certains cas l'entreprise à l'obligation de dénoncer ses soupçons à l'autorité de supervision. Il serait bon de généraliser cette obligation dans toutes les lois de *compliance*. La dénonciation permet, en effet, l'identification et la sanction d'infractions occultes tel que la corruption, ce qui facilite le travail de la justice.

[3160] Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS et plusieurs de ses collègues visant à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte (2591), n° 2740, 12 mars 2020, Compte rendu des débats.

CONCLUSION DU TITRE 1

520. La complémentarité des outils de la *compliance*. « *Il faut combiner deux dimensions : la prévention, d'une part, la surveillance, d'autre part* »[3161]. Il apparait clairement que des actions d'information, de formation et de sensibilisation sont nécessaires pour éviter les infractions par ignorance, mais demeurent impuissantes face à ceux qui savent ce qu'ils font. Elles doivent être donc être combinées avec des mécanismes de contrôle et d'audit. De même, le dispositif de gestion des risques et le contrôle interne participent de manière complémentaire à la maîtrise des activités de la société[3162]. Un cercle vertueux s'installe entre ces outils. De la cartographie des risques découle le contrôle interne et les constats de contrôle interne permettent d'améliorer la cartographie et la pondération des risques identifiés[3163].

« *Investigateur, détective* », mais aussi « *juge* »[3164], l'entreprise est investie du devoir de traquer, sanctionner voire dénoncer ses propres manquements. Ce devoir facilite le travail de la justice qui reçoit les preuves de la part des coupables eux-mêmes, plutôt qu'au terme d'une longue enquête. Le dispositif de détection n'est pas seulement au service des autorités publiques contre les intérêts de l'entreprise. Les enquêtes internes sont « *des outils précieux au service des entreprises* »[3165] et les alertes permettent d'actualiser la cartographie des risques et d'améliorer le dispositif de *compliance*. Ces dispositifs contribuent donc à la connaissance du monde dans lequel l'entreprise évolue, ce qui permet au dirigeant d'en avoir une meilleure maîtrise[3166]. Il devient toutefois indispensable pour l'entreprise d'être en capacité de pouvoir démontrer qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter la commission de pratiques répréhensibles[3167]. Le système probatoire classique est, en effet, modifié par le droit de la

---

[3161] F. ZIVY, « Les programmes de conformité aux règles de concurrence : de l'auto-évaluation à l'auto-régulation ? », JCP E, 26 juillet 2012, n°30, 1474.

[3162] AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, p. 7.

[3163] F. JEGARD, « C... comme Cartographie des risques », *JA* 2022, n°652, p. 50.

[3164] L. BRASSAC, « La compliance vue par plusieurs directeurs juridiques », *actuEL direction juridique*, éditions législatives, Lefebvre Dalloz, 25/06/21.

[3165] W. FEUGERE, « Les suites des alertes : observations sur les enquêtes internes », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Janvier-Février 2023, n° 1, dossier 11.

[3166] *Ibidem*.

[3167] A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 33.

compliance, indépendamment de la notion de bonne foi qui ne serait plus suffisante pour écarter le risque de sanctions[3168].

[3168] *Ibidem*.

TITRE 2 : LE VOLET REPRESSIF D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE*

> « *L'Entreprise est par définition un personnage parce que la compliance l'oblige à sortir de sa passivité pour l'obliger à être un personnage actif. Cet " acteur contraint " du système de la compliance n'a de rôle dans la pièce qu'en raison d'une distribution qu'elle n'a pas choisie. Le Régulateur à l'inverse se meut dans le droit de la compliance avec plus d'aisance ; il est du bon côté du manche, car c'est lui qui fait pénétrer les règles dont il confie la garde aux entreprises, il est un " acteur naturel ". Quant au juge, comme dans tout mécanisme de droit, il est celui devant lequel tout et tous reviennent* »[3169].

521. La supervision de la *compliance*. Contrairement à la régulation qui désigne l'ensemble des règles et des normes qui ont pour objectif de gouverner un secteur économique, la supervision est un processus de surveillance des opérateurs[3170]. Les deux notions restent toutefois étroitement liées. D'abord, parce que « *la distinction régulation-supervision n'a de sens que du point de vue de l'étude des pouvoirs reconnus aux autorités de régulation concernées* »[3171]. Ensuite, parce que toute autorité de supervision émet nécessairement des normes de droit souple auxquels les opérateurs sont invités à se conformer[3172]. Le terme de « *supervision* » reste celui qui sera toutefois choisi dans le cadre de cette étude, car toutes les

[3169] M.-A. FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN ET J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Régulation & Compliance, Dalloz, 2018, p. 1-11.

[3170] C. BOITEAU, « L'entreprise régulée », *RFDA* 2018, p. 469.

[3171] *Ibidem*.

[3172] *Ibid* ; A. MAYMONT, *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, p. 138.

autorités en charge de la *compliance* ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire et ne sont donc pas des autorités de régulation[3173] (**Chapitre 1**).

522. L'intervention judiciaire. L'action de ces autorités de supervision est contrôlée par le juge. Ce dernier n'est pas absent du droit de la *compliance*, bien que sa place reste limitée eu égard à la nature préventive de ce droit. Le juge intervient toutefois en tant que garant des droits fondamentaux **(Chapitre 2)**.

[3173] G. MARCOU, « Les autorités administratives " dépendantes " et " indépendantes " dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – une analyse sur des secteurs sélectionnés », *in* G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en Franc et en Allemagne*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 25, 2011, p. 65.

CHAPITRE 1 : LES AUTORITES DE SUPERVISION DE LA *COMPLIANCE*

523. Les autorités administratives, superviseurs de la *compliance*. La supervision de la *compliance* suppose de « *regarder en transparence les opérateurs* »[3174] afin d'apprécier la mise en œuvre effective et efficace du programme de *compliance* destiné à atteindre les buts monumentaux définis par le législateur. Cette mission nécessite donc des pouvoirs de contrôle étendus pour l'autorité de supervision, mais également une relation de confiance entre contrôleur et contrôlés. Les autorités administratives indépendantes qui ne sont pas reléguées à la seule fonction de « régulation » d'un secteur[3175] sont les mieux à même de remplir cette mission au regard des nombreux pouvoirs dont elles disposent, mais également de leur composition **(Section 1).**

524. Le double rôle préventif et répressif des superviseurs de la *compliance*. Les entreprises doivent pouvoir concevoir librement et mettre en œuvre les obligations structurelles nécessaires à l'atteinte de l'objectif de *compliance*. Le contrôle de cette structuration est une supervision[3176] qui se caractérise par une approche « *centrée sur l'identification et l'évaluation des risques* »[3177]. Le rôle du superviseur n'est donc pas la sanction des échecs, c'est-à-dire lorsque les risques combattus se matérialisent. Le superviseur intervient en amont pour prévenir le risque de commission de l'infraction. À titre d'exemple, le superviseur bancaire n'intervient pas lorsqu'il constate qu'un établissement financier a servi de canal pour véhiculer un financement utilisé pour des finalités illégales, mais lorsqu'il constate qu'un établissement financier n'a pas mis en œuvre une action de prévention prescrite, et ce indépendamment du

---

[3174] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du Droit de la régulation au Droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 1-14.

[3175] G. MARCOU, « Les autorités administratives " dépendantes " et " indépendantes " dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – une analyse sur des secteurs sélectionnés », *in* G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en Franc et en Allemagne*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 25, 2011, p. 65.

[3176] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit rêvé de la compliance », 18 juin 2020, disponible en ligne

[3177] *Rapport annuel 2021*, AMF.

fait de savoir si un comportement illégal implique ou non cet établissement financier[3178] **(Section 2)**.

[3178] *Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, Rapport de la mission « régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook » remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, mai 2019, p. 17.

SECTION 1 : LES AUTORITES DE SUPERVISION

525. La supervision de la *compliance* assurée par des autorités administratives indépendantes. L'État délègue une partie des fonctions de régulations qu'il assurait à des autorités variées dont il affirme qu'elles sont indépendantes[3179]. Il s'est ainsi résigné à créer des institutions chargées d'assurer la régulation des espaces où il intervenait autoritairement, comme gestionnaire d'un service public ou d'une entreprise nationalisée, et rendue à la liberté du commerce[3180]. En France ces institutions sont couramment dénommées « *Autorités administratives indépendantes* » plutôt qu' « *agences de régulation* »[3181]. Dans son rapport de référence de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, le Conseil d'État soulignait trois besoins auxquels le concept d'Autorité administrative indépendante répond : une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; la participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses ; l'efficacité de l'intervention de l'État[3182]. En conséquencse, ces autorités administratives indépendantes sont les mieux à même d'assurer la supervision des sujets de la *compliance* **(§1)**.

526. La supervision de la *compliance* renforcée par le maillage des autorités de supervision. La supervision de la *compliance* doit être organisée en « *maillage* », c'est-à-dire en une multitude d'autorités, et non pas en une unique autorité qui disposerait de tous les pouvoirs[3183]. Le maillage permet de réguler les sujets de la *compliance* en faisant intervenir plusieurs superviseurs, chacun dans leur domaine de compétence, aboutissant à une supervision totale[3184]. Ces superviseurs collaborent, constituant ce qui est communément désigné comme une « *inter-régulation* »[3185] **(§2).**

§1 : LA SUPERVISION DE LA *COMPLIANCE* PAR DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

527. La supervision de la *compliance* par des autorités administratives indépendantes. Les autorités de supervision de la *compliance* sont des autorités administratives indépendantes. Désignées par le rapport établi par le sénateur Patrice Gélard en 2006 « d'objets juridiques non identifiés »[3186], leur définition n'est pas aisée. Une définition simple et communément admise les désigne comme « *des autorités publiques chargées d'assurer la*

[3179] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique - Tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Droit et société, 2003, p. 223.

[3180] *Ibidem*.

[3181] *Ibidem*.

[3182] *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents du Conseil d'État, 2001, p. 275.

[3183] M.-A. FRISON-ROCHE, « Gouvernance d'internet : " Nous sommes face à un enjeu de civilisation " », *LPA* 18 juillet 2019, n° 146q1, p. 4.

[3184] *Ibidem*.

[3185] *Ibid*.

[3186] *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404, déposé le 15 juin 2006.

régulation de secteurs sensibles de la vie sociale »[3187]. Plus précisément, ce sont des autorités agissant au nom de l'État de manière autonome, c'est-à-dire, sans être subordonnées au Gouvernement ou au Parlement, mais soumises au contrôle du juge, et susceptibles d'intervenir dans trois domaines distincts : la régulation d'un secteur économique, la protection des libertés, le fonctionnement des relations entre l'administration et les administrés[3188]. Le rapport public du Conseil d'État pour l'année 2001 définit ainsi les trois éléments communs de ces organismes : « ils disposent d'une autorité », « ils sont de nature administrative », et « ils présentent des garanties d'indépendance »[3189] **(A)**. Ces autorités administratives constituent un ensemble mouvant et hétérogène, marqué par la grande diversité des domaines couverts et l'importance inégale des différentes structures[3190] **(B)**.

A. La nature des autorités de supervision de la *compliance*

528. La nature des autorités de supervision de la *compliance*. La supervision de la *compliance* nécessite l'exercice d'un « pouvoir » sur les sujets de la *compliance* **(1)** exercé en toute indépendance **(2)**.

1. L'autorité administrative

529. L'autorité administrative. Le superviseur de la *compliance* dispose d'une autorité **(a)** de nature administrative **(b)**.

a. L'autorité

530. L'autorité du superviseur. Les institutions choisies comme superviseur de la *compliance* ne sont pas dotées d'un simple rôle consultatif, mais disposent d'une réelle « autorité » dans le cadre de leurs activités. Cette autorité se manifeste par la détention d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de décision dont disposent systématiquement les autorités administratives indépendantes.

Tous les superviseurs n'ont pas le statut d'autorités administratives indépendantes, ce qui est par exemple le cas de l'Agence française anticorruption qui est un service à compétence national. Pour autant, cette « autorité » se manifeste en raison de son « pouvoir d'influence » dont l'Agence française anticorruption dispose à travers ses avis et recommandations. Ce pouvoir « se traduit soit par le constat que les avis, même non rendus publics, sont en fait suivis

---

[3187] J.-P. FELDMAN, « Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010. 2852.

[3188] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, pt. 1.

[3189] *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents du Conseil d'État, 2001.

[3190] M. SIRINELLI et J. SORIN, *Questions de droit public*, Ellipses, Optimum, 2007, p. 105.

par leur destinataire, soit par un pouvoir d'auto-saisine avec publicité de l'avis donné, soit par l'élaboration d'un rapport public périodique »[3191]. Ce pouvoir d'influence proviendrait de la composition même de ces autorités, la participation de professionnels garantissant « la parfaite information de l'instance de décision sur les tenants et aboutissants des mesures à prendre, d'assurer la bonne adaptation de ces mesures aux réalités de terrain et de permettre de réagir avec souplesse aux mouvements de fond du marché » [3192]. Le rapport de référence de 2001 du Conseil d'État soulignait ainsi que ces autorités répondent au besoin « d'associer les professionnels à la détermination des règles applicables dans des matières techniques, détermination qui suppose pour être crédible, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques »[3193]. Ces autorités bénéficieraient donc d'une légitimité supérieure au législateur dans la détermination des règles techniques que sa nature administrative lui permet d'adopter.

b. La nature administrative du superviseur

531. Le choix d'un superviseur de nature administratif. Le recours à une autorité administrative s'explique par leur plus grande capacité, par opposition au juge judiciaire, à remplir une mission de prévention[3194]. La *compliance* reposant, en effet, sur la collaboration entre acteurs économiques et autorités, il apparaît indispensable qu'un dialogue puisse s'engager[3195]. L'organisation administrative permettrait de d'engager celui-ci par la publication d'avis et recommandations, par exemple, permettant de guider les sujets de la *compliance*. La pratique de ces autorités est donc différente de celle du juge judiciaire, qui intervient *ex post*, dans une optique répressive, et s'inscrit dans une tradition de régulation économique.

Outre leur rôle préventif, ces autorités ont également un pouvoir de sanction. Dans son rapport de référence de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, le Conseil d'État soulignait que « l'exercice du pouvoir de régulation et notamment de sanction est bien accepté s'il est exercé, sous le contrôle du juge, par un organisme comportant des personnalités détenant une expertise considérée comme incontestable, pour autant que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdise toute partialité ». L'avantage du caractère administratif de la sanction est de permettre aux entreprises visées de continuer à soumissionner aux marchés publics.

Les autorités administratives sont davantage à même de contrôler l'exécution des mesures imposées par le juge pénal. L'Agence française anticcoruption est par exemple chargée du contrôle de la mise en place de programmes de conformité consécutive à une condamnation ou

---

[3191] *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents du Conseil d'État, 2001.
[3192] *Ibidem*.
[3193] *Ibid*.
[3194] E. BREEN, « La " compliance ", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019, p. 327.
[3195] *Ibidem*.

une transaction pénale, ce qu'Emmanuel Breen nomme le « gouvernement de la peine »[3196]. Cette répartition des rôles est cohérente, puisque la mission de contrôle de l'application des sanctions est proche techniquement de celle du contrôle préventif. Il s'agira chaque fois d'accompagner les entreprises, que cet accompagnement intervienne en prévention ou à la suite d'une infraction.

La nature administrative de ces autorités est en adéquation avec leur rôle de supervision, mais soulève des questions quant à leur indépendance. *A priori*, les termes « administrative » et « indépendante » sont incompatibles, l'article 20 de la Constitution indiquant que le Gouvernement « dispose de l'administration »[3197]. Un rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation admet ainsi que « *les Autorités administratives indépendantes portent une contradiction fondamentale : la Constitution plaçant l'administration sous l'autorité du gouvernement, comment une autorité pourrait-elle être indépendante ?* »[3198]

2. Les garanties d'indépendance des autorités de supervision

532. L'indépendance de l'autorité de supervision. L'indépendance de l'autorité de supervision est une exigence portée par chaque projet de loi de *compliance* au niveau européen. C'est ainsi le cas dans le projet du devoir de diligence[3199] qui précise par exemple que l'autorité de supervision doit être indépendante et disposer des ressources humaines, techniques et financières nécessaires à leur mission[3200]. Cette indépendance, parfois qualifié d' « *autonomie* », s'analyse à la fois à l'égard du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, mais également « *par rapport à toute influence partisane, à toute stratégie politicienne, à toute idéologie* »[3201]. Seule la rationalité technique doit s'affirmer comme le fondement de leurs actions, participant de ce que Jean Commaille désigne comme une « *culture de l'expertise qui manifeste un déplacement des modes de faire du politique hors du politique* » [3202]. Les experts sont, en effet, « *susceptibles de conférer de la neutralité à ce qui constitue au départ des enjeux politiques » octroyant au politique « une nouvelle légitimité* » et le moyen de contourner le débat[3203]. Ces autorités bénéficient ainsi de différentes garanties d'indépendances tenant principalement à ses membres **(a)** et à ses moyens fonctionnels **(b)**.

[3196] *Ibid*.

[3197] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, pt. 4.

[3198] *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, préc.

[3199] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 28 et Proposition de directive article 12.

[3200] *Ibidem*.

[3201] J. COMMAILLE, « À quoi nous sert le droit ? », Gallimard, Folio essais, 2015, p. 183.

[3202] *Ibidem*.

[3203] *Ibid*.

a. Les garanties d'indépendance du superviseur quant à ses membres

533. La désignation des membres de l'autorité de supervision. Le mode de désignation des membres des autorités administratives indépendantes est marqué par la diversité[3204]. S'il y a des traits communs entre ces autorités, toutes ont des règles propres très variables. L'un des éléments les plus marquants de cette diversité concerne les magistrats professionnels : parfois nommés par le président de la République dans le cas du Président de l'Agence française anticorruption par exemple ; parfois désignés par le président ou le vice-président de leur juridiction comme c'est le cas pour l'AMF ; parfois élus par les membres de leur juridiction, dans le cas de la CNIL par exemple. L'hétérogénéité n'est pas de nature à faciliter l'approche et la compréhension du rôle et du fonctionnement des autorités administratives indépendantes[3205].

Outre la diversité, c'est aussi l'idée de politisation qui marque le mode de désignation des membres des autorités administratives indépendantes[3206]. Souvent, ce sont, en effet, des hommes ou femmes politiques en fonction au sein de l'État qui désignent ou nomment les membres, notamment le président de la République, les ministres, les présidents des assemblées, voire les assemblées elles-mêmes. Dans ce cadre, l'indépendance pratique, et donc politique, des autorités administratives indépendantes souffre de critiques. Deux réserves doivent toutefois être émises : d'une part, la désignation est, généralement, conditionnée par la possession de compétences particulières dans le domaine en cause, et, d'autre part, elle est, souvent, subordonnée à une consultation, un avis ou une proposition d'une autre institution[3207]. Dans ce cadre, la nomination du président de l'AMF par le président de la République est soumise à la règle énoncée par l'article 13, alinéa 5, de la Constitution qui impose un avis préalable et public de la commission compétente de chaque assemblée et qui interdit toute nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.

La Cour européenne ne semble pas voir dans la désignation politique des membres des autorités administratives indépendantes les indices d'un défaut d'indépendance[3208]. C'est ainsi que le Règlement européen de protection des données permet la désignation des membres de l'autorité de contrôle par le parlement, le gouvernement et le chef d'État[3209]. La loi de 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes prévoit par ailleurs que « dans

---

[3204] A. CAPPELLO, préc., pt. 161.
[3205] *Ibidem*.
[3206] *Ibid*, pt. 162.
[3207] *Ibid*.
[3208] CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, req. n° 7819/77 ; CEDH, 22 octobre 1984, Sramek c/ Autriche, req. n° 8790/79.
[3209] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 53, §1.

l'exercice de leurs attributions, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité »[3210].

534. La composition du superviseur. La présence de magistrats professionnels au sein des autorités administratives indépendantes ne remet pas en cause leur indépendance[3211]. La Cour européenne[3212] et le Conseil constitutionnel ne s'y sont jamais opposés. Le rapport établi par le Sénat au cours de l'année 2015 sur les autorités administratives indépendantes se montre plus négatif et dresse trois constats. Le premier renvoie à la place importante qu'occupent les magistrats professionnels au sein des autorités administratives indépendantes, ce qui résulte aussi bien de la loi qui impose parfois la présence de ces magistrats professionnels, que de l'usage qui veut qu'un magistrat soit préféré à toute autre personnalité[3213]. La Commission des sanctions de l'Autorité nationale des jeux est par exemple composée de six membres issus du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. L'Agence française anticorruption, quant à elle, est présidée par un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire et sa commission des sanctions est composée de deux membres du Conseil d'État, deux membres de la Cour de cassation et de deux magistrats de la Cour des comptes. Le deuxième constat tient à l'exercice par un même magistrat de fonctions au sein de plusieurs autorités administratives indépendantes, ce qui n'est plus possible depuis la loi de 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes. Son article 8 prohibe un tel cumul précisant que « nul ne peut être membre de plusieurs autorités administratives indépendantes ou autorités publiques indépendantes »[3214]. Le troisième constat du rapport met l'accent sur « une concentration entre les représentants des "grands corps de l'État" » par le fait que les magistrats, une fois membre d'autorités administratives indépendantes, recourent à des membres de leurs institutions d'origine comme collaborateurs de ces autorités. Dans ce cadre, le rapport préconise de « revoir et diversifier la composition des collèges des autorités administratives indépendantes en limitant les nominations de membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes ». C'est ainsi que l'article 10 V de la loi de 2017 précise désormais que « lorsque la loi prévoit la présence, au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, de membres désignés parmi les membres en activité du Conseil d'État, de la Cour des comptes, du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et du corps des magistrats des chambres régionales des comptes, il ne

---

[3210] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 9, al. 2.

[3211] A. CAPPELLO, préc., pt. 155.

[3212] CEDH, 23 juin 1981, Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, req. n° 6878/75 ; CEDH, 23 avril 1987, Ettl c/ Autriche, req. n° 9273/82.

[3213] *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*, Rapport de M. MEZARD au nom de la Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, n° 126, t. I, 28 octobre 2015.

[3214] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 8.

peut être désigné d'autres membres en activité du même corps, à l'exclusion du président de l'autorité concernée ».

Outre la désignation par des hommes politiques, certaines autorités administratives sont composées d'hommes politiques. La CNIL, par exemple, est composée de quatre parlementaires, obéissants à « une discipline partisane » qui remettrait en question toute neutralité de la part de l'autorité[3215]. L'article 10 de la loi de 2017 énonce toutefois une série d'incompatibilité entre le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante et d'autres fonctions telles que celle de maire.

535. Les modalités des mandats des membres du superviseur. Les modalités des mandats des membres des autorités administratives indépendantes participent de leur indépendance[3216]. Le rapport établi par le Sénat en 2006 soulignait ainsi que l'irrévocabilité des mandats des membres des autorités administratives indépendantes constitue une garantie d'indépendance essentielle permettant d'éviter « une capture de l'autorité par le politique »[3217]. Le caractère non renouvelable des mandats constituerait également un facteur d'indépendance, en réduisant le risque de pression par l'autorité de nomination. Une telle règle ne serait toutefois applicable qu'à condition de prévoir une durée de mandat suffisamment longue et un renouvellement par moitié ou par tiers, afin de préserver la « mémoire » de l'autorité, de maintenir « la permanence d'une certaine doctrine, permanence requise pour la sécurité juridique »[3218]. Cette irrévocabilité du mandat est désormais consacrée pour toutes les autorités administratives indépendantes par l'article 6 de la loi de 2017. La durée des mandats est toutefois marquée par la diversité, l'article 5 de la loi de 2017 permettant qu'elle soit comprise en trois et six ans, renouvelable une fois.

b. Les garanties de fonctionnement du superviseur quant à ses moyens fonctionnels

536. Les critères de l'indépendance budgétaire de l'autorité de supervision. Les moyens budgétaires et humains alloués à l'autorité sont déterminants de son indépendance fonctionnelle, qui lui permet de mettre en œuvre efficacement ses prérogatives, en se fondant sur son expertise propre[3219]. L'indépendance budgétaire regrouperait trois paramètres. D'une part, les autorités publiques indépendantes peuvent disposer de ressources propres, c'est le cas de l'AMF ou les ressources de l'autorité peuvent dépendre du Gouvernement qui est alors dispensateur des crédits nécessaires à l'exercice de leurs missions[3220], c'est le cas de l'Agence française anticorruption. En raison de son statut de service de compétence nationale, cette

---

[3215] D. FOREST, « Les limites intrinsèques de la garantie d'" indépendance " des autorités de contrôle. Le cas de la CNIL », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 26.

[3216] A. CAPPELLO, préc., pt. 165.

[3217] *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, préc.

[3218] *Ibidem*.

[3219] A. CAPPELLO, préc., pt. 173.

[3220] *Ibidem*.

dernière ne possède pas d'autonomie budgétaire ou fonctionnelle propre et dépend du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance. Le directeur de l'Agence a indiqué que cette situation a été sans conséquence jusqu'à présent, compte tenu du soutien apporté par les ministres de la Justice et du Budget successifs aux missions de l'Agence[3221]. Le rapport de Phase 4 de l'OCDE déplore cependant les conséquences de ce statut qui n'assurerait pas à l'Agence française anticorruption la stabilité et la pérennité nécessaires à l'exercice de ses missions, le soutien dont elle bénéficie actuellement pouvant être revisité en fonction de l'agenda politique[3222]. L'indépendance budgétaire d'une Autorité administrative indépendante comporte d'autre part, l'indépendance d'exécution budgétaire, qui permet à l'autorité de décider de l'utilisation de son budget[3223]. À cet égard, l'article 18 de la loi de 2017 précise que « le président de l'autorité publique indépendante est ordonnateur des recettes et des dépenses ». Enfin, l'indépendance budgétaire comprend l'autonomie de gestion budgétaire, qui désigne la capacité de l'autorité à effectuer ses dépenses[3224]. Dans ce cadre, l'article 19 de la loi de 2017 précise que « la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées n'est pas applicable à la gestion des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes » ce qui implique que ces autorités ne font pas l'objet d'un contrôle *a priori* d'un contrôleur financier du ministère des Finances. Elles restent en revanche soumises au contrôle *a posteriori* de la Cour des comptes, ainsi qu'à celui du Parlement, exercé par les commissions des finances des deux assemblées, à l'occasion de la discussion des projets de loi de finances[3225].

537. Le manque de moyens des superviseurs. Le manque de moyen des superviseurs est toutefois un problème récurrent. Les missions de la CNIL, par exemple, tendent à s'accroître, et, en dépit de l'évolution à la hausse de ses effectifs passant de deux-cent-quarante-cinq agents en 2021 contre deux-cent-vingt-cinq en 2020, l'Autorité peut difficilement exercer ses missions de façon ambitieuse dans les conditions actuelles[3226]. Selon les chiffres de la Commission européenne, la France représente « *le troisième plus mauvais ratio pour son nombre d'agents de la CNIL rapporté au nombre d'habitants* »[3227]. Le rapport « Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne » préconise, en conséquence, de revoir fortement à la hausse les effectifs de la CNIL dans le cadre du projet de loi de finances pour 2022[3228]. De même, le rapport de Phase 4 de l'OCDE constate que les ressources actuellement allouées à l'agence française anticorruption ne semblent pas à la hauteur du nombre et des enjeux des missions de l'agence et, en particulier, de l'étendue, la diversité et la

---

[3221] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption - Rapport de Phase 4 - France*, OCDE, 2021, p. 139.

[3222] *Ibidem*.

[3223] A. CAPPELLO, préc., pt. 173.

[3224] *Ibidem*.

[3225] *Ibid*.

[3226] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, Rapport d'information n°4299 présenté par J.-L. WARSMANN et P. LATOMBE, 29 juin 2021.

[3227] *Ibidem*.

[3228] *Ibid*.

complexité de son mandat en matière de développement des mesures de conformité par les entreprises[3229]. Lors de la visite de l'OCDE, les représentants de l'Agence française anticorruption ont indiqué que l'enveloppe dédiée aux contrôles d'initiative est allouée aux deux tiers au contrôle des entreprises assujetties à l'obligation de mise en œuvre d'un programme de conformité tout en demeurant trop limitées par rapport à l'ampleur de cette mission[3230]. Les moyens humains alloués à l'Agence n'apparaissent pas non plus proportionnés aux nombreuses missions de celle-ci[3231]. Le plafond d'emploi de soixante-dix agents prévus lors de la création de l'Agence française anticorruption en 2017 n'a jamais été atteint et a depuis diminué pour être fixé à cinquante-trois agents en 2021. Certains commentateurs ont pointé les contraintes administratives qui limitent la capacité de l'Agence à recruter des agents issus du secteur privé pour les besoins, en particulier, de ses missions de conseil et de contrôle des entreprises assujetties à l'obligation de mise en œuvre d'un programme de conformité[3232]. Les agents ne peuvent, en effet, être recrutés que selon les règles applicables à la fonction publique, sous l'autorité du ministre en charge du Budget. La rigidité de ces contrats entraînerait des difficultés de recrutement et de maintien des effectifs, ce qui constituerait une menace pour son activité[3233]. Lors de la visite de l'OCDE, les membres de l'Agence française anticorruption présents ont indiqué que si toutes les missions peuvent pour le moment être menées, les moyens dont dispose l'agence ont un impact sur les modalités et le déroulement de ces missions[3234]. Le directeur de l'Agence a souligné à plusieurs occasions, y compris pendant la visite, l'absence de moyens d'enquêtes suffisants et la diminution des effectifs de l'Agence depuis sa création « par rapport à TRACFIN, qui a vu ses effectifs augmenter de manière considérable » [3235]. Il a ainsi affirmé que « si l'on veut faire de la lutte contre la corruption, il faut s'en donner les moyens » [3236].

B. La diversité des superviseurs

538. La diversification des autorités administratives indépendantes. Selon le rapport émis par le Conseil d'État en 2001, il existe « un large éventail d'autorités administratives indépendantes exerçant des missions dans des domaines divers et dont les pouvoirs et les statuts sont d'une grande hétérogénéité »[3237]. Cette diversification s'observe donc à de nombreux égards : quant aux domaines dans lesquels elles interviennent, quant à leur statut, ou quant aux

---

[3229] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption - Rapport de Phase 4 - France*, préc., p. 139.

[3230] *Ibidem*.

[3231] *Ibid*.

[3232] *Ibid*.

[3233] *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, déposé le 7 juillet 2021, n° 4325, p. 80.

[3234] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption - Rapport de Phase 4 - France*, préc., p. 139.

[3235] *Ibidem*.

[3236] *Ibid*.

[3237] *Les autorités administratives indépendantes*, préc.

pouvoirs qui leur sont confiés. C'est également la qualification elle-même, et par-là la nature de ces autorités, qui s'est diversifiées. Le terme « autorités administratives indépendantes » devant être compris dans un sens large comme englobant non seulement les autorités administratives indépendantes au sens strict **(1)**, mais également les autorités publiques indépendantes **(2)** et les services à compétence nationale **(3)**.

1. Les autorités administratives indépendantes

539. Le statut juridique commun des autorités administratives indépendantes. La « prolifération » de ces autorités qui « contribue de plus en plus fortement à l'illisibilité et au dysfonctionnement du système institutionnel » a conduit le législateur a la création d'un statut juridique commun aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes[3238]. Ce statut fixe les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement applicables à toutes ces autorités, bien que chaque autorité continue de disposer de leurs propres particularités et notamment de leur règlement intérieur[3239]. L'article 5 de la loi prévoit ainsi par exemple que « la durée du mandat des membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est comprise entre trois et six ans »[3240]. Son article 6 dispose que « le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante n'est pas révocable »[3241] et son article 7 que « le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est renouvelable une fois »[3242]. Si certaines règles concernant le mandat de ces autorités sont homogènes, d'autres, tel que la durée, varient d'une autorité à l'autre.

540. L'exemple de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. La CNIL est le superviseur des obligations de *compliance* relatives à la protection des données personnelles. L'article 8 de la loi informatique et libertés détaille ses missions et précise notamment qu'elle « veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi et aux autres dispositions relatives à la protection des données personnelles prévues par les textes législatifs et réglementaires, le droit de l'Union européenne et les engagements internationaux de la France ». Cette autorité administrative indépendante est composée d'un Collège de dix-huit membres, dont six représentants des hautes juridictions, cinq personnalités qualifiées, quatre parlementaires, deux membres du conseil économique, social et environnemental, un membre de la commission d'accès aux documents administratifs. Le collège est, à l'exception de son président, renouvelé

[3238] Proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, Texte n° 225 (2015-2016), déposé au Sénat le 7 décembre 2015.

[3239] *Ibidem*.

[3240] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 5.

[3241] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 6.

[3242] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 7.

par moitié tous les deux ans et six mois[3243]. Le président est nommé par décret du Président de la République parmi les membres pour une durée de cinq ans[3244]. Ces règles de désignation et de durée du mandat sont différentes, par exemple, de celles qui régissent l'autorité nationale des jeux.

541. L'exemple de l'Autorité nationale des jeux. L'ANJ est une autorité administrative indépendante en charge de la régulation des jeux d'argent et de hasard. Les opérateurs de jeux doivent lui soumettre chaque année pour approbation leurs plans d'action en matière de lutte contre la fraude et le blanchiment[3245]. Le collège de l'ANJ se compose de neuf membres dont deux sont nommés par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat. Par ailleurs, six membres sont nommés par décret : en alternance, un membre du Conseil d'État puis de la Cour de Cassation, sur proposition du vice-président du Conseil d'État ou du premier président de la Cour de cassation. Cinq membres à raison de leurs compétences. Ces membres sont nommés pour six ans, renouvelé par fraction tous les deux ans et leur mandat n'est ni révocable ni renouvelable. Le collège délibère à la majorité des membres présents. Le président est désigné par le Président de la République. Pour l'exercice de ses attributions, le collège s'appuie sur trois commissions consultatives permanentes, respectivement compétentes pour la prévention du jeu excessif ou pathologique, pour le contrôle des opérations de jeux et pour la lutte contre le blanchiment des capitaux.

542. L'avènement prochain d'une autorité en matière de devoir de vigilance. Le devoir de vigilance est la seule obligation de *compliance* qui ne fait pas l'objet d'une supervision et reste dans une logique classique de responsabilité civile, où le demandeur fait face à l'auteur fautif, si bien qu'aucun contrôle *ex ante* n'est mené. Le législateur pourrait être contraint de remédier à cette « *faille* »[3246], la proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance prévoyant la désignation par chaque État membre d'une ou plusieurs autorités de contrôle indépendantes chargées de surveiller le respect des obligations prévues dans les dispositions nationales[3247]. Cette autorité devra disposer des pouvoirs et ressources nécessaires pour effectuer les tâches assignées, notamment le pouvoir de demander des informations et de mener des enquêtes, d'ordonner la cessation des infractions, imposer des sanctions pécuniaires, adopter des mesures provisoires pour éviter les risques d'atteinte grave et irréparable[3248].

[3243] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 9.

[3244] *Ibidem*.

[3245] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard, article 23.

[3246] Q. CHATELIER, « Devoir de vigilance : de la loi vigilance à une directive européenne ? », *Dalloz Actualité*, 1er avril 2021.

[3247] Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, Bruxelles, le 23.2.2022 COM(2022) 71 final, article 17.

[3248] *Ibidem*, article 18.

2. Les autorités publiques indépendantes

543. Les autorités publiques indépendantes. Parmi les entités de supervision de la *compliance*, seule l'AMF dispose du statut d'autorité publique indépendante[3249]. Cette qualification était suivie de la mention « dotée de la personnalité morale »[3250], supprimée en 2017 par la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes. Cette mention était devenue superflue par la précision faite, dans cette même loi, en son article 2 : « les autorités publiques indépendantes disposent de la personnalité morale ». Ce statut distinguait l'AMF des autorités antérieures ayant fusionné en son sein, dotées d'un statut d'autorité administrative indépendante, s'agissant de la Commission des opérations de bourse et du Conseil de discipline de la gestion financière, ou qui s'en rapprochait dans le cas du Conseil des marchés financier. Le rapport relatif au projet de loi de sécurité financière fait état de trois avantages à cette qualification juridique : « 1 - la personnalité morale permet de renforcer la souplesse de fonctionnement de l'AMF (tant à l'égard de ses ressources puisqu'elle peut disposer de recettes fiscales affectées, que de son patrimoine ou de son personnel) » ; « 2 - elle permet également à l'AMF d'être pleinement responsable de ses actes, ce qui devrait renforcer son autorité : elle peut agir en justice et être attraite devant les tribunaux et ce n'est désormais plus la responsabilité de l'État qu'elle engage par ses actes dommageables, mais sa responsabilité propre » ; « 3 - elle permet de renforcer la visibilité internationale de l'autorité »[3251].

Le simple octroi de la personnalité morale ne garantissant pas l'indépendance, le texte précise que l'AMF est une autorité indépendante. Ses principales règles de fonctionnement confirment ce caractère puisqu'elle n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique du ministre ni à sa tutelle, elle ne reçoit donc ni ordre ni instruction du gouvernement ; sa composition est collégiale et comporte notamment la présence de membres des hautes juridictions ; le statut de ses membres, et notamment le caractère irrévocable de leur mandat, la durée fixe et longue de celui-ci, et le régime des incompatibilités ; la dispense de contrôle financier préalable sont autant d'éléments qui attestent cette indépendance constituant « *une garantie renforcée de l'impartialité de notre système de régulation, particulièrement importante pour la crédibilité internationale de décisions à caractère économique et financier* »[3252]. L'indépendance de l'AMF est donc incontestable contrairement à celle des services à compétence nationale.

[3249] Article L. 621-1 du Code monétaire et financier.

[3250] LOI n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (1), article 34.

[3251] Projet de loi de sécurité financière, rapport n° 206 (2002-2003), déposé le 12 mars 2003, p. 49-50.

[3252] *La loi de sécurité financière : un an après*, Rapport d'information n° 431 (2003-2004), P. MARINI, déposé le 27 juillet 2004.

3. Les services à compétence nationale

544. L'exemple de TRACFIN. En raison de la diversité des acteurs participant à la lutte contre le blanchiment de capitaux, il n'y a pas une seule, mais une multitude d'autorités de contrôle déterminées à l'article L. 561-36 du Code monétaire et financier. Une autorité est toutefois commune, il s'agit du TRACFIN. Elle est dédiée au traitement des déclarations de soupçon adressées par les organismes et professions assujettis. Le résultat de ses investigations est transmis de manière discrétionnaire aux services de renseignement ou à la justice. Elle établit également des typologies de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. La publication annuelle de ces typologies constitue une source de données exploitables par les organismes et professions assujettis ainsi que pour les autorités de supervision. À l'échelle internationale, TRACFIN participe activement à l'action d'organisations ou de forums internationaux tels que le GAFI ou le Groupe Egmont. En particulier, TRACFIN participe au groupe de travail « Risques et tendances » du GAFI, dont la mission est d'établir une cartographie actualisée des menaces et des bonnes pratiques opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Cette cellule de renseignement financier est un service à compétence nationale placée sous la tutelle du ministre des Finances et des comptes publics, dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire et composée d'agents spécialement habilités par le ministère de l'Économie[3253]. En raison de cette tutelle l'indépendance de cette autorité peut être discutée, tout comme celle de l'Agence française anticorruption.

545. L'exemple de l'Agence française anticorruption. L'AFA est le superviseur des obligations de *compliance* en matière d'anticorruption. C'est un service à compétence national placé auprès du ministre de la Justice et du ministre en charge du Budget qui aide les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. L'AFA est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire hors hiérarchie nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelables.

Les observateurs ont pu reprocher une « *forme de schizophrénie* » de l'AFA soumis à la double tutelle des ministères de la Justice et de l'Économie, mais dont le directeur ne pourra recevoir ni solliciter d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans sa mission de contrôle de la mise en œuvre des obligations de *compliance* : « *il devra respecter sa hiérarchie le matin en matière de centralisation et coordination, mais être censé ne plus l'entendre l'après-midi s'agissant des sanctions* »[3254]. Michel Sapin, et l'ancien rapporteur de la loi Sapin 2, Sébastien Denaja, ont néanmoins défendu la place de l'AFA dans l'appareil

[3253] M.-E. BOURSIER et W. FEUGERE, « Blanchiment » *in Code de la compliance*, Dalloz, 2020, p. 667.

[3254] E. DAOUD et S. SFOGGIA, « Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ? », *RLDA* 1er avril 2017, n° 125.

gouvernementale qui constituerait « *une garantie d'existence et d'ouverture sur les autres services, alors qu'un statut d'autorité administrative indépendante isolerait l'Agence* »[3255]. Ils insistent à cet égard, sur « *la nécessité de ne pas déséquilibrer l'Agence qui, en peu d'années, a acquis une reconnaissance internationale* »[3256]. Si les rapporteurs de la mission d'information sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 ont pris acte qu'une partie des compétences de l'AFA appartiennent au Gouvernement en vertu de l'article 20 de la Constitution et ne peut donc pas être exercée par une autorité administrative indépendante, ils constatent que « *la conduite simultanée de missions de différentes natures, relevant d'un côté de la stratégie et de la coordination administrative, et de l'autre du contrôle et du conseil aux acteurs, a conduit l'agence à privilégier ce second aspect au détriment du premier* »[3257]. Les rapporteurs suggèrent ainsi « *de confier les missions actuellement conduites par l'Agence française anticorruption qui requièrent une indépendance à l'égard de l'exécutif, c'est-à-dire ses missions de contrôle, ainsi que celles relatives à l'élaboration des recommandations, à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), afin de créer une grande autorité administrative indépendante compétente en matière d'éthique publique et de prévention de la corruption, qui pourrait dorénavant porter le nom de Haute Autorité pour la Probité (HAP)* » [3258].

546. Conclusion §1. L'indépendance relative des superviseurs de la *compliance*. Le rôle de superviseur des obligations de *compliance* nécessite l'exercice de pouvoirs importants et d'un travail préventif que seules des autorités administratives semblent être à même d'effectuer. Son indépendance, en revanche, est toute relative compte tenu de la diversité des statuts. De manière générale, les autorités administratives ne sont pas indépendantes à l'égard du Parlement qui peut substituer une autorité à une autre, voire en supprimer une purement et simplement[3259]. Ce pouvoir constitue une « *épée de Damoclès* » au-dessus de ces autorités, qui altère sensiblement leur indépendance puisque le législateur peut aisément remplacer une instance « *rebelle* » par une autre plus « *docile* » [3260]. Ces autorités sont appelées à collaborer ensemble.

[3255] P. JANUEL, « L'AFA défend son bilan et suggère des évolutions », *Dalloz actualité*, affaires, 8 avril 2021.

[3256] *Ibidem*.

[3257] *En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mercredi 7 juillet 2021, p. 84.

[3258] *Ibidem*, p. 86.

[3259] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, pt. 175.

[3260] *Ibidem*.

§2 : LE MAILLAGE DES AUTORITES DE SUPERVISION

547. Le maillage des autorités de supervision. La nature des buts monumentaux dont la réalisation est poursuivie par la *compliance* nécessite une collaboration entre les autorités de supervision au plan national **(A)** et européen **(B)**.

A. La collaboration des autorités de supervision au niveau national

548. La collaboration des autorités de supervision au niveau national. La collaboration des autorités de supervision nationales peut avoir pour motivation la porosité des buts monumentaux poursuivis **(1)** ou la grande diversité des sujets de la *compliance* **(2).**

1. La collaboration des superviseurs en raison de la porosité des buts monumentaux poursuivis

549. La collaboration des superviseurs en raison de la porosité des buts monumentaux poursuivis. Une collaboration des superviseurs peut être nécessaire en raison des liens qui unissent les infractions poursuivies. À titre d'exemple, dans son rapport d'activité et d'analyse de 2020 Tracfin précise qu'en raison des liens étroits qui unissent la corruption au blanchiment de son produit, le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme constitue une composante essentielle à la définition d'un dispositif anticorruption efficace[3261]. C'est donc en toute logique que Tracfin a été auditionné dans le cadre de l'évaluation de la France par l'OCDE au titre de la phase 4 de suivi de la mise en œuvre de sa Convention sur la lutte contre la corruption d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales, et à cette occasion a pu se féliciter de sa coopération grandissante avec l'AFA. Tracfin est également sollicité par les différentes autorités en charges de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en raison de la diversité des sujets.

2. La collaboration des superviseurs en raison de la diversité des sujets de la compliance

550. L'exemple de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme s'appliquent à un grand nombre d'acteurs divers. Ce sont les acteurs du secteur financier et de l'assurance, des professionnels du droit, du chiffre ou encore de l'immobilier. Il n'y a donc pas une, mais une multitude d'autorités de contrôle déterminées à l'article L. 561-36 du Code monétaire et financier.

[3261] *Activité et analyse 2020*, Tracfin, p. 27.

S'agissant de la supervision du secteur financier, deux autorités sont compétentes, l'Autorité de contrôle prudentielle et de répression et l'Autorité des marchés financiers. La collaboration étroite de ces deux autorités est une parfaite illustration du maillage des autorités de supervision en la matière[3262]. Ces autorités mènent des actions d'orientation à l'égard des organismes et professions assujettis à l'instar des autres autorités publiques. À ce titre, elles prennent souvent des positions communes en publiant un nombre important de documents de nature explicative tels que des lignes directrices, principes d'application sectoriels, positions en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Elles doivent par ailleurs mettre en place des procédures leur permettant de recevoir, par des canaux de communication sécurisés et garantissant l'anonymat, tout manquement aux obligations définies par les règlements européens, le Code monétaire et financier, le Code des assurances, le Code de la mutualité, le Code de la sécurité sociale, le règlement général de l'AMF, et dont la surveillance est assurée par l'une ou l'autre de ces autorités[3263]. Un important écart quant au nombre de sanctions prononcées entre ces deux autorités est toutefois constaté par les observateurs, ce qui « *risque d'être ressenti comme une rupture d'égalité par les organismes et professions assujettis* » et démontre donc la nécessité d'une meilleure coordination entre ces autorités[3264].

S'agissant de la supervision du secteur non-financier, les autorités de supervision et de tutelle auxquelles les sociétés de ce secteur sont soumises diffèrent en fonction de leur typologie. Les professions appartenant au secteur non financier sont, en effet, supervisées par des autorités dotées d'une connaissance de la profession concernée, ce qui permet de faciliter leurs missions en matière de contrôle[3265]. Il s'agit soit d'une entité rattachée à un ordre professionnel tels que le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables ou le Conseil de l'ordre du barreau, soit d'une entité rattachée à une autorité administrative telle que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour les agents immobiliers, soit de la Fédération de tutelle dans le cas particulier des agents sportifs. L'ensemble de ces autorités de supervision est engagé dans la bonne mise en œuvre des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme par les organismes et professions assujettis. À l'instar des autorités de supervision du secteur financier, les ordres professionnels et autorités de supervision s'efforcent de mener des actions de soutien et d'orientation à l'égard de leurs organismes et professions assujettis. À titre d'exemple, le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables a élaboré, conjointement avec TRACFIN, des lignes directrices sur l'obligation de déclaration de soupçon. La supervision du secteur non-financier apparaît complexe à mettre en œuvre du fait de la multiplicité et de la diversité des

[3262] M-A. Frison-Roche, « L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet », Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019, p.57.

[3263] art. L. 634-1, al1 c. mon. fin.

[3264] S. Borlant-Clément, « État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme », Dalloz, 2021, p. 65.

[3265] S. Borlant-Clément, « État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme », Dalloz, 202, p. 66.

organismes et professions assujettis et nécessite un effort de pédagogie conséquent de la part des autorités de supervision[3266].

Les Recommandations du GAFI reconnaissent la coordination et la coopération nationales comme l'un des piliers fondamentaux d'un régime de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme efficace[3267]. Elles exigent en conséquence que les cellules de renseignements financiers, les contrôleurs et autres autorités compétentes concernées aient mis en place des mécanismes efficaces dans le but de coopérer et, le cas échéant, de coordonner et échanger des informations entre eux. Elles exigent notamment des pays de garantir que les enquêteurs travaillant sur les infractions sous-jacentes soient en mesure d'enquêter eux-mêmes sur le blanchiment de capitaux associé ou de transférer le dossier à une autre agence pour un suivi parallèle de l'enquête financière. Cela implique de garantir l'association du travail des autorités responsables de la collecte, l'analyse et le stockage de différents types de données avec les autorités chargées d'enquêter sur les infractions sous-jacentes et le blanchiment de capitaux. Dans son rapport de 2020, le GAFI signale toutefois que la collaboration entre autorités nationales est « l'un des problèmes les plus présents dans la lutte contre le BCC » ralentissant la détection et les enquêtes[3268]. Si de nombreux pays évalués disposent des cadres juridiques nécessaires permettant d'échanger des renseignements financiers entre différentes autorités, la faible efficacité de cette coopération ne permet pas toujours aux autorités de détecter et d'enquêter sur le blanchiment de capitaux et de confisquer les gains criminels à une échelle suffisante. Ce manque d'efficacité serait dû à l'absence de système de partage d'informations ou l'existence de tel système, mais qui ne permettrait pas d'établir des références croisées de données issues de plusieurs bases de données de manière automatisée, nécessitant donc du temps et des ressources supplémentaires de la part des autorités concernées pour croiser et analyser manuellement ces données. Plus difficile encore est la collaboration des autorités de supervision au niveau européen.

B. La collaboration des autorités de supervision au niveau européen

551. La collaboration des autorités de supervision au niveau européen. Si la collaboration entre les différentes autorités de supervision nationale au niveau européen est rendue nécessaire en raison de la nature transnationale des buts monumentaux **(1)** le législateur européen pourrait aller plus loin dans cette coopération par la création d'une autorité de supervision européenne **(2)**.

[3266] S. BORLANT-CLEMENT, État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Dalloz, 2022, p. 66.

[3267] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution*, GAFI, 2020, p. 44.

[3268] *Ibidem*.

1. La nécessité d'une collaboration européenne en raison du caractère transnational des buts monumentaux

552. Les différentes formes de collaboration des autorités de supervision au niveau européen. La collaboration peut prendre plusieurs formes : elle peut relever de la recherche d'un consensus en cas de traitement d'une affaire transfrontalière **(a)** ou du simple partage d'information **(b)**.

a. La recherche d'un consensus

553. L'exemple du règlement général de protection des données. Le règlement général de protection des données impose aux contrôleurs nationaux une coopération avec une autorité dite « cheffe de file » en cas de traitement transfrontalier. L'article 60 du règlement précise ainsi que pour toute décision concernée, y compris les sanctions, cette coopération repose sur le principe de l'unanimité, et ce n'est qu'en l'absence de consensus entre les autorités concernées que doit être enclenché le mécanisme dit « de cohérence ». Prévu aux articles 63 à 67 du règlement, ce mécanisme s'applique en cas de litige entre autorités agissant dans le cadre de la coopération et pour toute une série de décisions particulières. Dans ces cas, une procédure de décision, relativement complexe, doit être engagée entre les autorités, reposant sur le principe majoritaire au sein d'un comité européen à la protection des données. Ces mécanismes visent à assurer principalement l'homogénéité des exigences des autorités de protection des données à l'égard des responsables de traitement et sous-traitants[3269]. L'impact du mécanisme d'harmonisation européen a été constaté lors de sanction prononcée par la CNIL contre la société Accord qui a surpris par sa sévérité[3270]. Saisie de plusieurs plaintes en France et en provenance d'autres pays européens, la CNIL, agissant comme autorité « Cheffe de file » en raison de la localisation dans l'Hexagone du siège d'Accor, a enclenché une procédure de contrôle qui a conduit à relever plusieurs manquements au règlement européen. S'agissant d'un dossier concernant des personnes issues de plusieurs pays européens, la CNIL a dû lancer la procédure de coopération prévue par le règlement. Au cours de cette procédure, l'autorité de contrôle polonaise a formulé des objections tenant notamment à une sanction jugée insuffisante au regard des manquements constatés et de la taille de l'entreprise. Ces objections ont fait l'objet du mécanisme de cohérence aboutissant à une décision qui a obligé la CNIL à réviser le montant de l'amende à la hausse. Le mécanisme de coopération et d'harmonisation européen a donc pour conséquence de « *rehausser les montants des sanctions décidées par la CNIL en conduisant l'autorité française, souvent plus modérée et conciliante, à se rapprocher*

[3269] E. GABRIE, « Les pouvoirs des autorités de protection des données », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 208.

[3270] CNIL, Délibération de la formation restreinte n° SAN-2022-017 du 3 août 2022 concernant la société ACCOR SA ; P. BLUM, « Évolution des sanctions de la CNIL : l'exemple d'ACCOR, une décision riche d'enseignements pour les Délégués à la protection des données », Journal du Management juridique, septembre-octobre 2022, n° 90, p. 20.

d'autorités historiquement plus " sévères " »[3271]. La coopération peut également avoir pour enjeu principal le partage d'informations.

b. Le partage d'informations

554. L'exemple de la lutte contre le financement du terrorisme et la lutte contre le blanchiment d'argent. La supervision de la *compliance* engendre au niveau européen un maillage de l'ensemble des régulateurs rendu nécessaire par le caractère transfrontalier des opérations en causes. Le GAFI souligne ainsi qu'il est « essentiel de proposer une coopération internationale appropriée et opportune pour détecter et enquêter avec efficacité sur toute activité criminelle qui s'étend au-delà d'un seul pays »[3272]. À titre d'exemple, en 2021 l'AMF a coopéré avec une cinquantaine de régulateurs étrangers en matière d'enquête, de contrôle, de surveillance des marchés et d'échange d'informations sur les intermédiaires financiers. Son rapport annuel d'activité pour l'année 2021 fait ainsi état de « 362 requêtes d'assistance que l'AMF a adressées à ses homologues, 18 % l'ont été au régulateur britannique. De nombreuses demandes ont également été envoyées aux autorités suisses (51), allemandes (38), luxembourgeoises (29), américaines (17) espagnoles (16) et néerlandaises (14). De son côté, l'AMF a, en 2021, reçu 162 requêtes d'assistance de ses homologues étrangers, dont 24 ont donné lieu à l'ouverture d'une enquête par l'AMF. Ces requêtes concernaient des opérations relevant de la compétence de régulateurs étrangers, mais réalisées par des personnes situées en France. Les principaux pays qui ont sollicité l'AMF sont le Luxembourg, la Belgique, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, l'Irlande et l'Italie ».

De même, dans son rapport d'activité, Tracfin précise qu'une « coopération internationale efficace est essentielle pour détecter les atteintes à la probité commises hors du territoire national »[3273]. À ce titre, le GAFI souligne que le blanchiment de capitaux peut s'organiser au-delà des frontières, l'infraction sous-jacente étant souvent commise dans d'autres pays que celle dans laquelle s'effectue le blanchiment[3274]. Pour finalement enquêter et engager des poursuites, les pays doivent donc s'appuyer sur des canaux de coopération internationale efficaces pour s'assurer que l'infraction sous-jacente a bien eu lieu. Par conséquent, « la coopération qu'entretient TRACFIN avec ses homologues étrangers constitue un réel atout pour la détection de ces infractions, comme pour la conduite des investigations »[3275]. Les professionnels déclarants auraient, en effet, plus de difficultés pour détecter les circuits financiers internationaux, notamment lorsqu'elles se limitent à une approche par corridor au départ ou à l'arrivée en France. La coopération internationale permet alors d'étayer des informations déclarées par les professionnels et aboutit à la transmission d'enquêtes à l'autorité judiciaire ou auprès d'autres services. La coopération internationale en matière de lutte contre le financement

[3271] *Ibidem*.
[3272] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution*, GAFI, 2020, p. 46.
[3273] *Activité et analyse*, Tracfin, 2020, p. 27.
[3274] Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution, préc., p. 46.
[3275] *Activité et analyse*, préc., p. 27.

du terrorisme permet notamment aux cellules de renseignement financier d'identifier des individus liés à des organisations extrémistes ou terroristes, d'identifier les liens qui existent entre ces individus et de mettre en évidence les ramifications des réseaux dans lesquels ils sont engagés[3276]. Les cellules de renseignements financiers des pays membres de l'Union européenne ont ainsi l'obligation de partager les informations recueillies en recourant à des canaux de communication protégés et sont encouragées à utiliser « FIU.net », un réseau sécurisé et décentralisé d'échanges de données opérationnelles entre les cellules de renseignement financiers des États membres de l'Union européenne[3277]. Afin d'assurer « des échanges fiables, opérationnels et efficaces », TRACFIN a notamment œuvré dans le cadre de relations bilatérales à la signature d'accords de coopération avec ses homologues étrangers, dont européens[3278]. Un accord de coopération bilatérale a par exemple été signé en 1996 entre TRACFIN et le SEPBLAC, la cellule de renseignement financier espagnole, et concourt à l'identification de soupçons de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme à caractère transfrontalier. Il permet notamment de mettre au jour des circuits de blanchiment du produit de différentes escroqueries telles que les faux ordres de virement et de confirmer ou infirmer des soupçons de financement du terrorisme lorsque des opérations financières suspectes impliquant des ressortissants des deux pays sont identifiées[3279]. Le GAFI déplore toutefois l'absence de partage efficace des informations qui persiste au sein des pays[3280].

Afin de favoriser la coopération entre autorités nationales de supervision, l'Autorité bancaire européenne a été créée en janvier 2011[3281]. Cette autorité responsable de la surveillance du secteur bancaire européen est notamment responsable, en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, de l'élaboration d'orientations et avis à destination des autorités nationales de supervision. Ces travaux nécessitent une coopération étroite entre autorités, prenant en compte les pratiques de supervision d'un nombre suffisant d'États membres, pour être en mesure d'influer sur la mise en œuvre des obligations de vigilance par les organismes bancaires assujettis. Depuis septembre 2020, l'Autorité bancaire européenne s'était vu confier davantage de responsabilités en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[3282]. Elle est désormais chargée de

---

[3276] *Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*, Tracfin, 2019-2020, p. 26.

[3277] *Ibidem*.

[3278] *Ibid*.

[3279] *Ibid*.

[3280] *Blanchiment de capitaux basé sur le commerce. Tendances et évolution*, préc., p. 46.

[3281] Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n°716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission.

[3282] Règlement (UE) 2019/2175 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2019 modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le règlement (UE) n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le règlement (UE) n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le règlement (UE) n° 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le règlement (UE) 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds

faciliter la coopération et l'échange d'informations entre autorités et de veiller à la bonne application des obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme par les autorités nationales de supervision en la matière. À cet égard, l'Autorité bancaire européenne organise régulièrement de workshops dédiés à la supervision de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme réunissant des représentants d'Europol[3283], de la Commission européenne et des autorités nationales de supervision, ce qui constitue une bonne illustration de coopération interinstitutionnelle susceptible de se développer à l'avenir[3284]. Toutefois, il est impossible de considérer que l'Autorité bancaire européenne soit une autorité de supervision dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme du fait de ses pouvoirs limités[3285].

555. La volonté créatrice d'un réseau de supervision européen dans les projets à venir. L'importance de la collaboration entre les autorités de supervisions nationales au niveau européen s'est fait jour dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Le législateur en a tiré les conséquences en intégrant dans sa proposition de directive pour la création d'un devoir de vigilance, la création d'un réseau européen d'autorités compétentes en matière de devoir de vigilance[3286]. Il s'agit d'assurer, conjointement avec les autorités nationales compétentes, « la coordination et la convergence des pratiques de réglementation, d'enquête et de surveillance ainsi que du partage d'informations et de contrôler la performance des autorités compétentes nationales »[3287]. Les autorités nationales compétentes sont tenues de coopérer avec les autorités européennes, mais aussi entre elles. À cette fin, le Parlement européen, dans sa proposition de directive, intègre la création d'une plateforme européenne centralisée sur laquelle les entreprises déclarent leur stratégie de vigilance ou la déclaration comportant l'évaluation des risques[3288]. Les autorités nationales sont ainsi encouragées à coopérer entre elles, mais également à partager des informations avec les points de contact nationaux de l'OCDE et les institutions nationales de défense des droits de l'homme présentes dans leur pays[3289].

La proposition de règlement relatif à un marché intérieur des services numériques introduit également un mécanisme de coopération entre les États membres afin d'assurer une surveillance renforcée des grandes plateformes de services en ligne au niveau de l'Union

---

d'investissement et le règlement (UE) 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

[3283] Europol a pour mandat d'aider les États membres de l'UE dans la collecte, l'analyse et l'échange d'informations, et de soutenir les autorités compétentes desdits États dans leurs enquêtes et activités opérationnelles.

[3284] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 57.

[3285] *Ibidem*, p. 55.

[3286] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), p. 28.

[3287] *Ibidem*, article 16.1.

[3288] *Ibid*, article 6.

[3289] *Ibid*, p. 28.

européenne[3290]. Cette surveillance renforcée s'organise par la coopération des coordinateurs du numérique au sein d'un comité européen pour les services numériques[3291]. Ce comité doit permettre d'organiser des activités communes de surveillance et d'enquête transfrontières[3292]. Il soutient l'activité des coordinateurs en donnant des conseils au coordinateur qui évalue le plan d'action mis en œuvre par une grande plateforme en ligne, suite à la commission par cette dernière d'une infraction[3293]. Le comité contribue également à l'élaboration de codes de conduite à destination des plateformes en ligne[3294].

556. Les failles d'une simple collaboration entre autorités de supervision dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. La divergence des pratiques de supervision entre les pays membres de l'Union européenne est mise en cause par un certain nombre d'affaires récentes. Dans l'affaire Danske Bank, par exemple, l'Autorité bancaire européenne a ouvert une enquête sur une possible infraction au droit de l'Union européenne par les autorités de régulation estonienne et danoise dans le cadre des activités de blanchiment d'argent liées à Danske Bank. Environ 200 milliards d'euros d'opérations, sur une période allant de 2007 à 2015, principalement depuis des comptes de non-résidents estoniens, ont été jugés suspects, selon un audit indépendant commandité par la banque[3295]. Le 17 avril 2019, l'Autorité bancaire européenne annonçait la fin de son enquête formelle après n'avoir constaté aucune infraction à la réglementation européenne en la matière[3296]. Autre exemple, le scandale Wirecard a mis en lumière l'inaction des autorités nationales de supervision[3297]. Les responsables de Wirecard en Asie sont notamment accusés d'avoir rédigé de faux contrats et commis des actes de manipulations de cours. L'entreprise a, en effet, confirmé en juin 2020 que la somme d'un milliard neuf-cent millions d'euros mentionnée dans son bilan n'existe très probablement pas. Si une enquête visant Wirecard a certes été ouverte en 2019, cette action demeure tardive, les premières malversations ayant commencé dès 2015. La divergence constatée des pratiques de supervision nécessite donc d'instaurer un superviseur européen[3298].

[3290] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, Exposé des motifs, p. 8.

[3291] *Ibidem*, pt. 88.

[3292] *Ibid*, pt. 86.

[3293] *Ibid*, pt. 95.

[3294] *Ibid*, pt. 89.

[3295] L. MALGRAIN, C. LAVARDE, A. MERLE-BERALLE, « Un règlement pour enfin harmoniser la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au sein de l'UE : le nouvel objectif de la Commission européenne ? », *Dalloz actualité*, Droit pénal des affaires, 3 mars 2020.

[3296] « L'ABE clôt l'enquête sur les régulateurs dans le dossier Danske Bank », Les Échos, 17 avril 2019 : https://investir.lesechos.fr/actu-des-valeurs/la-vie-des-actions/labe-clot-lenquete-sur-les-regulateurs-dans-le-dossier-danske-bank-1827813.

[3297] S. BORLANT-CLEMENT, *op. cit*., p. 136.

[3298] *Ibidem* ; G. BRIATTA, « L'entreprise face aux défis de la conformité : l'exemple bancaire », RED septembre 2020, n°1, p. 50.

2. La création d'un superviseur européen

557. La création d'une nouvelle autorité européenne dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux. La volonté de la Commission européenne est de centraliser le dispositif au niveau européen en créant une nouvelle autorité européenne dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux[3299]. Cette nouvelle autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux créée au niveau de l'Union européenne sera l'autorité centrale assurant la coordination entre les autorités nationales pour faire en sorte que les règles de l'Union européenne soient correctement et systématiquement appliquées par le secteur privé. Elle soutiendra également les cellules de renseignement financier afin d'améliorer leur capacité d'analyse des flux illicites et de faire du renseignement financier une source essentielle pour les services répressifs. L'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux sera chargée de : mettre en place dans l'ensemble de l'Union européenne un système intégré unique de surveillance en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme fondé sur des méthodes de surveillance communes et sur la convergence de normes élevées en matière de surveillance ; surveiller directement certains des établissements financiers les plus risqués qui opèrent dans un grand nombre d'États membres ou nécessitent des mesures immédiates pour remédier à des risques imminents ; suivre et assurer la coordination entre les autorités nationales de surveillance chargées des autres entités financières, ainsi que la coordination entre les autorités de surveillance des entités non financières ; soutenir la coopération entre les cellules nationales de renseignement financier et faciliter la coordination entre elles ainsi que leurs analyses conjointes, pour permettre de mieux détecter les flux financiers illicites à caractère transfrontière[3300]. Les actuels registres nationaux des comptes bancaires seront connectés, ce qui permettra aux cellules de renseignement financier d'accéder plus rapidement aux informations clés sur les comptes bancaires et les coffres-forts[3301]. La Commission permettra également aux services répressifs d'accéder à ce système, ce qui accélérera les enquêtes financières et le recouvrement des avoirs d'origine criminelle dans les affaires transfrontières[3302]. La proposition va être examinée par le Parlement européen et le Conseil, mais la Commission espère un processus législatif rapide afin que la future Autorité

[3299] « Vaincre la criminalité financière: la Commission réforme les règles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », Commission européenne, Communiqué de presse, 20 juillet 2021, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3690 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et modifiant les règlements (UE) nº 1093/2010, (UE) nº 1094/2010 et (UE)nº 1095/2010, COM(2021) 421 final.

[3300] « Vaincre la criminalité financière : la Commission réforme les règles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », préc.

[3301] *Ibidem*.

[3302] *Ibid*.

de lutte contre le blanchiment de capitaux soit opérationnelle en 2024[3303]. Paris a d'ailleurs candidaté pour accueillir cette future autorité[3304].

558. Conclusion §2. Le manque d'efficacité de la collaboration des superviseurs. La nature des buts poursuivis par la *compliance* nécessite la collaboration des superviseurs nationaux entre eux. Soit que ces buts soient liés, comme c'est le cas de la lutte contre le blanchiment de capitaux et la corruption, soit que pour un même but plusieurs autorités sont compétentes. La collaboration est également nécessaire sur le plan international, en raison de la nature transnationale des buts poursuivis. Cette collaboration s'avère toutefois difficile en raison notamment de la défaillance des systèmes de partage d'information, voire de leur absence. Ces défaillances ont un impact significatif sur l'efficacité des superviseurs et donc l'effectivité des systèmes de *compliance*. Le législateur européen en tire les conséquences par la création d'un superviseur européen opérationnel en 2024. Ses responsabilités ne se substitueront pas, toutefois, au rôle de prévention et de contrôle des autorités de supervision nationales.

[3303] *Ibid*.

[3304] « Paris candidate à l'accueil de la future Autorité européenne de lutte contre le blanchiment d'argent », Communiqué ministère de l'économie des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, le 6 décembre 2022, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/paris-candidate-AMLA#.

SECTION 2 : LE ROLE DES AUTORITES DE SUPERVISION

559. Les autorités de supervision ont un rôle préventif et de contrôle. Le rôle de régulation régalien de l'État a été délégué à des acteurs indépendants du pouvoir politique, les autorités administratives, qui ont vu leur mission significativement s'élargir[3305]. Les autorités administratives deviennent des autorités de supervision garantes de l'effectivité des buts mondiaux monumentaux fixés par l'État[3306]. Un dialogue s'engage entre les entreprises et les autorités de supervision, ces dernières prodiguant des conseils dans un objectif de prévention **(§1)**. Elles exercent également un contrôle des sujets de la *compliance* qui prend la forme d'une surveillance directe pouvant entrainer la sanction de ces sujets **(§2)**.

§1 : LE ROLE PREVENTIF DES AUTORITES DE SUPERVISION

560. Le rôle préventif des superviseurs à raison de la nature de la *compliance*. L'action des superviseurs est avant tout éducative et préventive en expliquant et en interprétant les règles à appliquer[3307]. Par nature les lois de *compliance* ne sont pas précises. Elles imposent un but et des outils, charge à l'entreprise d'utiliser les outils pour atteindre le but. Les autorités de supervision doivent donc guider les sujets de la *compliance* dans l'accomplissement de ces buts. Si les autorités en charge de la *compliance* ont toutes un pouvoir consultatif qui découle naturellement de leur mission préventive **(A)**, elles n'ont pas toutes, en revanche, un pouvoir réglementaire **(B)**.

A. Le pouvoir consultatif des autorités de supervision

561. Le pouvoir consultatif. Le pouvoir minimum confié aux autorités de supervision réside dans une attribution consultative, c'est-à-dire le pouvoir d'émettre des avis, recommandations et propositions[3308] **(1)**. Ce pouvoir consultatif peut devenir contraignant lorsque l'autorité détient un pouvoir certificateur **(2)**.

[3305] D. KADAR, L. GAILLARD, S. ABDESSELAM, « Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des premiers bilans : une inspiration commune, des autorités de régulation qui ont pris leur essor et un contentieux nourri à venir », *RED* septembre 2020, n°1, p. 94.

[3306] M.-A. FRISON-ROCHE, « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : « les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion » », préc.

[3307] T. BONNEAU, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 79.

[3308] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, pt. 10.

1. Le pouvoir consultatif simple

562. L'émission de documents éducatifs. Les autorités de supervision détiennent systématiquement un pouvoir consultatif, c'est-à-dire le pouvoir d'émettre des documents ayant vocation à aider les entreprises à atteindre les buts monumentaux de la *compliance*. Leur force est toutefois variable : certains lient le destinataire, d'autres non, mais « *leur impact est presque toujours considérable en raison de leur publication* »[3309].

563. L'exemple de l'Agence française anticorruption. À ce titre, l'action de l'AFA est prégnante. Celle-ci a pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussions, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme[3310]. Elle exerce à cette fin un rôle de conseil[3311]. La charte de l'appui aux acteurs économiques de l'AFA présente les différentes actions mises en œuvre pour répondre aux besoins des acteurs qui déploient ou renforcent leur programme de prévention et de détection de faits de corruption[3312]. Trois niveaux d'accompagnement sont proposés.

Le premier niveau est un appui générique consistant en l'élaboration et la diffusion d'un référentiel anticorruption déterminant les standards pertinents pour prévenir et détecter les faits de corruption. Ce référentiel est composé des recommandations, guides et chartes pratiques élaborés par l'AFA. Ces normes ont pour objectif de compléter l'obligation législative de conformité par des éléments normatifs inspirés des meilleurs standards internationaux applicables dans le domaine de l'anticorruption, ainsi que des initiatives et pratiques que les acteurs privés ont eux-mêmes adoptées et développées[3313]. Elles donnent, par exemple, des détails sur le contenu des bonnes pratiques qui devraient être intégrées dans les codes de conduites anticorruption ; elles décrivent les étapes que les entreprises sont censées suivre pour identifier efficacement les risques de corruption au sein de l'organisation ; indiquent les meilleures procédures pour mettre en œuvre un système d'alerte ainsi que pour détecter les faits de corruption et les révéler aux autorités répressives. Les Recommandations de l'AFA, notamment, « *permettent ainsi de relever le caractère multidimensionnel de la normativité véhiculée par la conformité anticorruption : celle-ci s'appuie en effet sur une multiplicité de normes soft et hard, de normes publiques et privées, de normes internationales et nationales qui s'articulent et s'enchevêtrent jusqu'à créer un seul et hybride référentiel normatif* » [3314]. Si ces écrits guident les entreprises dans la mise en œuvre des obligations de *compliance*, formant

---

[3309] *Ibidem*.

[3310] 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 (1), JORF n°0287 du 10 décembre 2016, article 1.

[3311] M.-E. BOURSIER, « Le rôle et la coordination des nouveaux acteurs : propos introductifs », *in De la conformité à la justice négociée. Actualité de la lutte anti-corruption*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 20.

[3312] *Rapport annuel d'activité*, AFA, 2018, p. 13.

[3313] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[3314] *Ibidem*.

un référentiel anticorruption dont le respect - scruté par les autorités étrangères - place les acteurs nationaux au niveau des meilleurs standards internationaux, leur nature ambiguë inquiète[3315]. L'AFA ne disposant pas d'un pouvoir réglementaire, ces écrits n'emportent, en théorie, aucune obligation juridique[3316]. En pratique, leur non-application emporte conséquence. Une entité soumise à la loi Sapin 2 qui indiquerait, lors d'un contrôle, avoir suivi les recommandations, bénéficierait d'une présomption simple de conformité, « sauf au directeur de l'Agence à démontrer qu'elle n'a pas, en réalité, suivi ces recommandations, en les appliquant de manière incorrecte ou incomplète »[3317]. S'il peut invoquer la mise en œuvre incorrecte ou incomplète d'une recommandation, le directeur de l'AFA ne peut en revanche utilement s'appuyer « sur la méconnaissance d'exigences ajoutées par cette recommandation à celles prévues par la loi, qui est seule compétente pour imposer à des entreprises des obligations dont la méconnaissance serait passible de sanctions de la nature de celles encourues au titre de la loi du 9 décembre 2016 » [3318]. La commission des sanctions de l'AFA veille donc à ne pas octroyer à l'AFA le pouvoir réglementaire que le législateur n'a pas voulu lui confier. À l'inverse, « dans l'hypothèse où la personne mise en cause a fait le choix de ne pas suivre cette méthode ou de ne la suivre qu'en partie, comme elle en a le droit dès lors que ces recommandations ne constituent qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire, il lui incombe de démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité de son dispositif de détection et de prévention de la corruption en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement choisie et qu'elle a suivie » [3319]. Ainsi, les entités soumises à l'obligation de prévention sont, en principe, libres de suivre ou non, les recommandations, à condition toutefois – dans l'hypothèse où elles décideraient d'adopter d'autres méthodes – que celles-ci leur permettent de se conformer à la loi[3320]. Les Recommandations de l'AFA précisent toutefois que « l'AFA se réfère aux recommandations dans le cadre de ses missions de conseil et de contrôle »[3321]. L'on comprend ainsi les préoccupations exprimées par le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi en ce qui concerne le risque que le pouvoir normatif attribué à l'AFA puisse être source d'insécurité juridique[3322]. Malgré le changement « *cosmétique* » imposé au législateur, la question semble toujours ouverte[3323]. Les normes de l'AFA constituent néanmoins « des protections collectives efficaces qui compliquent singulièrement le passage à l'acte, mais

[3315] Audition par la commission d'évaluation de la loi Sapin 2 de Marc Mossé, président de l'Association des juristes d'entreprise, le 10 mars 2021, disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

[3316] V. MUNOZ-PONS, art. cit.

[3317] AFA, Commission des sanctions, Décision n°19-02 rendue le 7 février 2020, Société I. et M.C.K, §16.

[3318] *Ibidem*, §19.

[3319] *Ibid*, §17.

[3320] V. MUNOZ-PONS, art. cit..

[3321] AFA, Recommandations publiées le 12 janvier 2021, partie I.3, Portée juridique.

[3322] Conseil d'État, Avis consultatif n° 391262 du 30 mars 2016 sur le projet relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, p. 6.

[3323] L. D'AMBROSIO, art. cit.

n'éliminent pas totalement le risque de corruption par un agent isolé qui déciderait de s'affranchir du respect des procédures »[3324].

Le deuxième niveau d'accompagnement proposé par l'AFA est un appui spécifique par l'organisation d'ateliers visant à apporter un éclairage aux questions des acteurs économiques. Il peut s'agir de conférences destinées aux managers ou à un réseau professionnel spécialisé, de l'animation d'ateliers avec le comité de direction d'une entreprise ou avec les fédérations et associations professionnelles, de rencontres avec les référents déontologues, ou d'opérations de sensibilisation des membres de la direction générale d'une entreprise[3325]. En 2018, ces ateliers techniques ont été organisés en lien avec la chambre du commerce et de l'industrie et une quarantaine de fédérations professionnelles. Ces échanges ont permis à l'AFA de recenser les difficultés pratiques posées par l'application de ses recommandations et d'identifier les besoins des acteurs en matière de conseil[3326]. Ils sont ensuite exploités pour enrichir l'appui générique[3327]. Le rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 fait état de la réalisation de deux-cent-quatre interventions de sensibilisation depuis 2017 et de cinquante ateliers techniques accueillant chacun entre dix et quarante entreprises.

Le troisième niveau est un appui individuel sous forme d'expertise juridique ou méthodologique accompagnant la réflexion et les travaux engagés par un acteur économique sur son programme anticorruption[3328]. En 2018, l'AFA a accompagné dix acteurs économiques distincts tant par leur taille, que leur secteur d'activité ou l'état d'avancement de leur programme[3329]. La doctrine déplore pourtant le manque d'accompagnement particulier aux entreprises de l'AFA. Celui-ci serait dû, d'une part, par la peur des entreprises à solliciter des conseils auprès d'une autorité qui détient le pouvoir de lancer des contrôles exhaustifs et de sanctionner les entreprises[3330]. Il serait dû, d'autre part, par la peur de l'AFA elle-même du blanc-seing que pourrait prodiguer son accompagnement à une entreprise qui risque par la suite de se faire contrôler[3331]. Si les actions préventives sont spécifiques à chaque superviseur, ceux-ci procèdent tous à a publication d'un rapport annuel.

564. La publication d'un rapport annuel. Les autorités de supervisions publient un rapport d'activité annuel qui emporte également une vision pédagogique de leur action. Ce

---

[3324] PNF, Entretien avec Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anticorruption, publié le 21 octobre 2022.

[3325] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 74.

[3326] *Rapport annuel d'activité*, AFA, 2018, p. 15.

[3327] *Ibidem*, p. 13.

[3328] *Ibid*.

[3329] *Ibid*, p. 15.

[3330] K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, « Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs », *RJSP* janvier 2019, n° 16, 10 ; L. D'AMBROSIO, art. cit.

[3331] Audition par la commission d'évaluation de la loi sapin 2 de M. William FEUGERE, avocat au cabinet Feugère, fondateur de la Legal Tech Ethicorp et de M. Franck VERDUN, avocat au cabinet Verdun Verniole.

rapport rappelle les missions de l'autorité de supervision, les pratiques constatées et les enseignements tirés de son activité. La proposition de directive sur le devoir de vigilance prévoit, par exemple, que le superviseur doit indiquer dans ce rapport annuel les cas de non-conformité les plus graves et la manière dont elles ont été traitées[3332]. Le coordinateur pour les services numériques est également appelé à la publication d'un rapport sur ses activités comportant, notamment, le nombre et les catégories d'injonctions émises à l'encontre des fournisseurs de services intermédiaires par les autorités judiciaires et administratives de son État membre[3333]. En sus de son rapport d'activité annuel, l'AFA quant à elle, est également chargée de l'analyse stratégique sur les atteintes à la probité et le déploiement des mesures et procédures anticorruption. À ce titre elle établit un plan pluriannuel de lutte contre la corruption comportant notamment la réalisation d'une cartographie nationale des risques d'atteinte à la probité. Certaines autorités sont également le pouvoir d'émettre des certifications.

2. La certification

565. La certification volontaire. La certification permet d'établir qu'un produit, un service, un processus ou un système de données a été évalué conforme aux critères d'un référentiel. La certification peut être utilisée dans le cadre des obligations du règlement général pour la protection des données, afin de démontrer le respect du principe de responsabilité[3334], le respect de l'obligation de sécurité[3335], le *Privacy by design* et *by default*[3336] et, comme les codes, elle peut aussi intervenir s'agissant du respect par le sous-traitant de ses obligations[3337] et dans le cadre des transferts[3338]. L'évaluation est effectuée par un tiers certificateur qui doit lui-même être agréé par la CNIL. La certification est un outil juridiquement contraignant pour ceux qui choisissent de s'engager dans cette démarche, le candidat à la certification s'engageant à respecter les critères approuvés par la CNIL, ou par le Comité européen de protection des données dans le cas de la certification européenne ; maintenir cette conformité aux critères pendant toute la durée de validité de son certificat ; se soumettre à la vérification régulière effectuée par l'organisme certificateur. Les avantages à la certification mis en avant par la CNIL elle-même sont les suivants : « s'engager volontairement à respecter un socle commun d'exigences en matière de protection des données dans un cadre juridiquement contraignant » ;

[3332] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 13.8.

[3333] Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, décembre 2020, pt. 84.

[3334] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), article 24.3.

[3335] *Ibidem*, article 32.3.

[3336] *Ibid*, article 25.3.

[3337] *Ibid*, article 28.6.

[3338] *Ibid*, article 46, 2, f.

« être en capacité de démontrer sa conformité au RGPD sur un périmètre précis, celui de la certification obtenue » ; « communiquer auprès du grand public et de ses partenaires à partir d'une marque de confiance » ; « répondre aux besoins des micros, petites et moyennes entreprises en valorisant le résultat d'une démarche de mise en conformité au RGPD »[3339].

566. La certification obligatoire. La certification peut être le préalable à l'exercice d'une activité. Les opérateurs de jeux ou de paris en ligne, par exemple, doivent transmettre à l'Autorité nationale des jeux un document attestant de la certification obtenue pour leur respect d'un certain nombre d'obligations parmi lesquelles la mise à dispositions permanent d'un certain nombre d'informations pouvant être utile à l'autorité de supervision afin de rechercher et d'identifier tout fait commis par un joueur susceptible de relever du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme[3340]. Cette certification est réalisée par un organisme indépendant choisi par l'opérateur au sein d'une liste établie par l'Autorité nationale des jeux, et il en assume le coût[3341]. Ce certificat fait l'objet d'une actualisation annuelle. En sus d'un pouvoir simplement consultatif, le pouvoir de l'autorité administratif peut être réglementaire.

B. Le pouvoir réglementaire

567. Le pouvoir réglementaire. Un pouvoir réglementaire peut être confié aux autorités administratives indépendantes par habilitation législative. C'est le cas lorsque le domaine dans lequel intervient l'autorité est particulièrement technique. Il s'agit alors d'associer les professionnels à l'élaboration de la norme pour asseoir sa légitimité. À ce titre, dès 1986, le Conseil constitutionnel a affirmé que « les deux premiers alinéas de l'article 21 de la Constitution, […] qui confèrent au Premier ministre […] l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, […] ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi »[3342]. Le Conseil constitutionnel a, par la suite, encadré ce pouvoir réglementaire en affirmant que l'habilitation législative ne pouvait concerner « que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »[3343] et que reste en principe de la compétence du Premier ministre, en vertu de l'article 21 de la Constitution, le pouvoir de déterminer les mesures

---

[3339] « Ce qu'il faut savoir sur la certification », 17 février 2021, disponible sur le site de la CNIL : https://www.cnil.fr/fr/ce-quil-faut-savoir-sur-la-certification.

[3340] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard, article 38.

[3341] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard, article 23.

[3342] Cons. const. 18 septembre 1986, n° 86-217 DC ; *Revue administrative*, 1986, obs. R. ETIEN ; *Rev. Sociétés* 1986, n° 4, p. 608-612, note Y. GUYON ; *D.* 1987. 381. H. MAISL ; *RD publ*. 1989. 399. note L. FAVOREU ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p. 430-436, note B. GENEVOIS ; *Actualité juridique. DA*, 1987, note P. WACHSMANN ; *LPA* 1986, n° 135, note B. MALIGNER ; *ibid*, n° 136, note B. MALIGNER ; *ibid*, n° 137, note B. MALIGNER.

[3343] Cons. const. 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, cons. 15.

d'application des règles posées par le législateur[3344]. Il s'ensuit que l'autorité administrative indépendante doit, dans l'exercice de la compétence réglementaire limitée qui lui est reconnue, respecter les textes législatifs et leurs règlements d'application[3345]. La reconnaissance d'une compétence réglementaire à l'autorité administrative indépendante entraîne souvent à leur profit la possibilité d'édicter également des actes individuels au titre de la mise en œuvre de cette réglementation. Ces actes individuels – notamment sous forme de sanctions administratives – justifient que les textes créant ces autorités leur imposent d'édicter, par voie de règlements, les conditions et procédures selon lesquelles seront pris ces actes individuels[3346]. Parmi les autorités administratives indépendantes disposant d'un tel pouvoir, on peut notamment citer l'AMF, ou la CNIL. Ces actes doivent être distingués des recommandations émises par les autorités administratives indépendantes qui ne présentent pas un caractère impératif, ne font pas l'objet d'une publicité particulière, et, en conséquence, ne sont pas susceptibles de recours en excès de pouvoir.

568. Conclusion §1. L'action préventive des superviseurs. L'action préventive des autorités administratives conduit ces autorités à guider les entreprises dans la mise en œuvre de leurs obligations de *compliance* par le biais d'une activité normative, même en l'absence de pouvoir réglementaire formelle : « *il est donc exact d'affirmer que la compliance, c'est de la régulation* »[3347]. Les députés Raphaël Gauvin et Olivier Marleix affirment ainsi, dans leur rapport d'information sur la loi du 9 décembre 2016, que « *le référentiel anticorruption français, prévu par la loi et complété par les recommandations et les guides de l'AFA, constitue une avancée remarquable qui permet de hisser la France au niveau des meilleurs standards internationaux* »[3348]. Dans sa proposition de directive, le Parlement européen souligne également la mission des superviseurs nationaux de diffuser les meilleures pratiques en matière de devoir de vigilance[3349]. La doctrine alerte toutefois sur le risque de transformer la liberté

[3344] F. LACHAUME, « Violation de la règle de droit – Règle de droit d'origine administrative », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, janvier 2015, §296.

[3345] Cons. const. 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, Réglementation des télécommunications ; *Revue française de droit constitutionnel*, 1996, n° 28, p. 823-832, note J. TREMEAU ; *LPA* 1996, p. 15-22, obs. P.-G. PEROT ; *JCP G* 1996, p. 1-3, obs. F. OLIVIER, E. BARBRY ; *Actualité juridique. DA*, 1997, p. 762-779, obs. H. MAISL ; *Juris P.T.T.*, 1996, p. 20-26, obs. J. FRAYSSINET ; *Actualité juridique. DA*, 1996, p. 694-696, note O. SCHRAMECK ; *LDI* 1996, p. 1-4, obs. D. KAHN ; *P.T.T.*, 1996, p. 3-19, obs. F. DUPUIS-TOUBOL, J.-P. JOUYET ; *LPA* 1997, p. 16-19, note B. MATHIEU, M. VERPEAUX ; *D.* 1998, p. 146-147, note J. TREMEAU ; *Revue française de droit administratif*, 1996, p. 909-951, obs. J. CHEVALIER.

[3346] F. LACHAUME, art. cit.

[3347] E. BREEN, « La " compliance ", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019, p. 327.

[3348] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* prréc., p. 42.

[3349] Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), article 12.

accordée par la loi de *compliance* en un « *conformisme propre à une tendance européenne* », les autorités semblant « *vouloir chaque fois retrouver le côté rassurant du conformisme* »[3350].

§2 : LE ROLE REPRESSIF DES AUTORITES DE SUPERVISION

569. Le rôle répressif des autorités de supervision. Les autorités de supervision contrôlent la mise en œuvre effective des dispositifs de *compliance* grâce à un pouvoir d'investigation **(A)** et de sanction **(B)**.

A. Le pouvoir d'investigation

570. Le pouvoir d'investigation. Parce qu'elles sont chargées de contrôler la mise en œuvre effective et efficace des obligations structurelles au sein de l'entreprise, les autorités de supervision disposent d'un pouvoir d'investigation. L'ampleur de celui-ci varie considérablement d'une autorité à une autre **(1),** mais sa garantie est assurée par la sanction de toute entrave **(2)**.

1. Les manifestations du pouvoir d'investigation

571. Les manifestations du pouvoir d'investigation. Le pouvoir d'investigation du superviseur a pour objet le contrôle de la mise en œuvre des dispositifs de *compliance* et non pas la recherche de la commission d'infractions **(a**). Si, néanmoins, le superviseur détecte un fait susceptible de constituer un crime ou un délit, il est tenu d'en informer les autorités de poursuites **(b)**.

a. Le contrôle de la mise en œuvre des dispositifs de *compliance*

572. La variabilité du pouvoir d'investigation des superviseurs. Le pouvoir d'investigation est variable : il peut intervenir sur décision spontanée du superviseur ou après alerte adressée à ce dernier ; il peut être effectué sur pièce ou sur place ou encore prendre la forme d'entretien avec les parties prenantes de l'entreprise. L'importance des contrôles sur place a été mise en évidence dans le rapport de la Commission européenne sur l'évaluation des cas présumés de blanchiment de capitaux de 2019[3351]. À cette occasion la Commission déplore le recours réduit à des outils de contrôle à distance des établissements de crédit et financiers par

---

[3350] C. LAPP et J.-M. COULON, « La façon dont les entreprises du secteur du bâtiment s'organisent et se comportent » intervention lors du colloque « L'Entreprise instituée procureur et juge d'elle-même par le Droit de la Compliance » organisée par le Journal of Regulation & Compliance et le Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université Lyon 3 sous la responsabilité scientifique de Marie-Anne FRISON-ROCHE et de Jean-Christophe RODA.

[3351] Rapport de la Commission eu Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, COM (2019) 373 final.

certaines autorités de supervision nationales dans la lutte contre le blanchiment de capitaux[3352]. Elle déplore également des contrôles sur place fondés sur les seuls documents présentés par les établissements contrôlés[3353]. Corrélée à l'existence de manquements récurrents, pendant des années, avant d'être détectés par l'activité de surveillance ou la notification de la banque, l'importance de développer les contrôles des autorités de supervision est mise en lumière. L'ampleur des pouvoirs de contrôle varie considérablement d'une autorité à l'autre et peut être présentée sur la base d'exemples les plus représentatifs en comparant ceux de l'AMF, de la CNIL et de l'AFA.

573. Les investigations de l'Agence française anticorruption. L'AFA exerce une mission de contrôle. Ce contrôle s'exerce *ex ante* et *ex post*[3354]. Son rôle de contrôle *ex ante* consiste à vérifier l'existence et surtout l'efficacité du dispositif préventif mis en place par les acteurs économiques. En 2018, l'AFA a ainsi réalisé vingt-huit contrôles sur des opérateurs économiques[3355]. Les activités de contrôle sont menées à l'initiative du directeur de l'AFA[3356]. Il s'agit de contrôles administratifs destinés à vérifier l'existence et l'efficacité des dispositifs de prévention de la corruption[3357]. Dans ce cadre, les agents de l'AFA peuvent se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit la nature ou le support, ou toute information utile[3358]. Ils peuvent procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies ainsi qu'à la copie des documents consultés[3359]. Une critique récurrente formulée par les entreprises lors de la mission d'information sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 a porté sur l'ampleur des documents et informations demandées par l'agence au cours des contrôles, de nature à excéder les capacités de traitement immédiates de l'agence[3360]. L'AFA exigerait ainsi la fourniture de documents qui dépasseraient le périmètre du dispositif de conformité des entités contrôlées. Enfin, certaines personnes auditionnées ont avancé que la conservation des documents et informations transmis à l'agence, qui sont pourtant particulièrement sensibles, ne serait pas suffisamment sécurisée, ce que l'agence dément[3361]. De même, les agents de l'AFA peuvent s'entretenir avec toute personne dont le concours leur paraît nécessaire. S'il ressort des entretiens menés par l'OCDE avec les représentants des entreprises, que l'AFA a, dans le cadre de ses contrôles d'initiative,

---

[3352] *Ibidem*, p. 9.

[3353] *Ibid*.

[3354] M.-E. BOURSIER, « Le rôle et la coordination des nouveaux acteurs : propos introductifs » *in De la conformité à la justice négociée. Actualité de la lutte anti-corruption*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 20.

[3355] *Rapport annuel d'activité*, AFA, 2018, p. 18.

[3356] 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 (1), article 2.

[3357] « Entretien avec Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anticorruption », publié le 21 octobre 2022 sur le site internet du Parquet national financier.

[3358] 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 (1), article 4.

[3359] *Ibidem*.

[3360] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 60.

[3361] *Ibidem*.

une approche « collaborative et de dialogue » qui est appréciée[3362], Charles Duchaine déplore que l'AFA n'ait jamais été dotée des pouvoirs nécessaires pour mener à bien la mission de détection qui lui a été confiée par la loi : « *seuls ses échantillonnages, ses sondages réalisés à l'occasion des contrôles aux fins de vérifier l'usage effectif et l'efficacité des mesures et procédures mises en œuvre lui permettent de mettre au jour certains faits* »[3363]. Lors de la visite de l'OCDE, les représentants de l'AFA ont confirmé se heurter en pratique à plusieurs secrets opposés par les entreprises lors de ses contrôles, au titre desquels le secret professionnel des avocats, celui des commissaires aux comptes et le secret bancaire[3364]. Les examinateurs concluent que ces secrets peuvent constituer un obstacle à l'identification de flux financiers suspects et ainsi limiter la capacité de l'AFA à détecter les faits de corruption d'agent public étranger dans le cadre des contrôles qu'elle opère[3365]. Les députés rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 ont conclu à l'inverse que la méconnaissance de ces secrets professionnels par l'AFA « *serait de nature à affaiblir les protections dont bénéficient les entreprises ayant fait l'objet d'un contrôle, en cas d'enquête menée par des juridictions étrangères* »[3366].

Le rôle de contrôle *ex post* de l'AFA consiste à assurer le suivi des conventions judiciaires d'intérêt public conclues avec les parquets ou celui des décisions d'injonction faites aux entreprises de se soumettre à un programme de conformité anticorruption par la juridiction répressive ou par la commission des sanctions[3367]. La loi confère à l'AFA un pouvoir monopolistique en matière d'exécution de ces peines ou mesure[3368]. Elle rend compte au procureur de la république, au moins annuellement de la mise en œuvre par l'entreprise du programme de conformité et de toute difficulté rencontrée dans l'exécution de cette mesure. À l'expiration du délai d'exécution, l'AFA adresse au procureur de la République un « rapport de fin de mesure » qui lui permet de rendre un avis d'extinction de l'action publique si les obligations ont été respectées. En 2018, l'AFA a procédé à quatre contrôles en application d'une Convention judiciaire d'intérêt public[3369]. Plusieurs problèmes concernant les contrôles de l'AFA ont pu être soulevés lors des auditions de la commission d'évaluation de la loi Sapin 2. Monsieur Marc Mossé, Président de l'Association des juristes d'entreprise, soulève le risque d'obsolescence de ces contrôles qui durent plusieurs mois, voire années[3370]. Si le délai de

---

[3362] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 138.

[3363] « Entretien avec Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anticorruption », préc.

[3364] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 23.

[3365] *Ibidem*.

[3366] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 60.

[3367] Article 707-1 du Code de procédure pénale.

[3368] C. Duchaine, « L'agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 97.

[3369] *Rapport annuel d'activité*, AFA, 2018, p. 18.

[3370] Audition par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de Marc Mossé, président de l'Association des juristes d'entreprise du 10 mars 2021, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

contrôle n'est pas raisonnable, la structuration de l'entreprise peut avoir changé entre le début et la fin du contrôle. L'absence de procès-verbaux sur le modèle de ce que peuvent faire les autres superviseurs, est également regrettable[3371]. Il serait nécessaire d'établir un rapport de contrôle afin de pointer les éléments positifs mis en œuvre par l'entreprise et les points devant être améliorés, ceci à des fins pédagogiques. Les représentants du Conseil national des barreaux s'interrogent sur l'étendue du contrôle de l'AFA et notamment sur les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat[3372]. Ce secret professionnel couvre toutes les confidences et les informations des tiers dans le cadre du dossier du client et tout ce qui est constaté, découvert ou déduit dans le cadre de l'activité professionnelle. Le client ne peut pas relever l'avocat de son secret professionnel, seule la loi le peut, tant pour l'activité de défense que de conseil. Le secret professionnel devrait, en conséquence, pouvoir être opposé efficacement à l'AFA, comme c'est le cas, par exemple, pour l'AMF[3373]. Il faudrait ainsi refuser à l'AFA la communication de l'audit interne réalisé par l'avocat sans que le superviseur n'évalue à la baisse le degré d'implication de l'entreprise, comme un indice de mauvaise foi[3374]. L'Office parlementaire chargé d'un rapport sur les autorités administratives indépendantes a exprimé le sentiment inverse en soulignant que la capacité des autorités administratives à recevoir les informations pertinentes conditionne l'exercice de leur mission et par conséquent leur utilité[3375].

Au surplus, l'AFA est chargée du contrôle la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société française une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption[3376]. Si le ministère de la Justice des États-Unis, par exemple, impose des sanctions et des procédures de mise en conformité à des entreprises françaises, ces dernières sont alors obligées de lui transmettre toutes les informations qui les concernent dans le cadre d'un accord secret[3377]. Ces informations devront transiter par l'AFA qui peut donc s'opposer au transfert de certaines données hautement sensibles, et dont les concurrents étrangers pourraient profiter[3378]. Ce contrôle de l'AFA permet également d'asseoir l'autorité de la justice française, et éviter que les entreprises ne fassent l'objet de condamnations qu'à l'étranger, bien que la doctrine ait pu

---

[3371] *Ibidem*.

[3372] *Ibid*.

[3373] Audition par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de représentants du Conseil national des barreaux du mercredi 24 mars 2021, disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale.

[3374] *Ibidem*.

[3375] *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, préc.

[3376] 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 (1), article 3, 5°.

[3377] E. DAOUD, S. SFOGGIA, « Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ? », art. cit. ; *Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise*, 30 septembre 2022, p. 4.

[3378] E. DAOUD, S. SFOGGIA, « Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ? », art. cit.

considérer « *incohérent qu'un magistrat chargé de la lutte contre la corruption devienne l'arbitre de ce qui constitue la souveraineté nationale française* »[3379].

574. Les investigations de l'Autorité des marchés financier. Le pouvoir d'investigation de l'AMF est envisagé aux articles L. 621-9 à L. 621-12-1 du Code monétaire et financier, prenant la forme de contrôles[3380] et d'enquêtes[3381]. Ces dernières ont pour objectif d'identifier les auteurs d'éventuels manquements boursiers[3382], quand les premiers permettent de s'assurer que les professionnels régulés par l'AMF respectent bien leurs obligations professionnelles et peuvent déboucher sur la découverte d'un manquement[3383]. C'est cette forme de pouvoir d'investigation que met en œuvre l'AMF dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux. Il s'agira, en effet, de mener des enquêtes sur les dispositifs organisationnels et procéduraux en place dans les sociétés de gestion ainsi que les diligences menées par ces acteurs lors de l'entrée en relation avec leurs clients et tout au long de la durée de celle-ci[3384]. Dans son rapport annuel de 2021, l'AMF précise ainsi que « plusieurs contrôles de Sociétés de gestion et de CIF, conduits en 2020, ont donné lieu, en 2021, à la notification de griefs relatifs au caractère inexistant, non opérationnel ou imprécis des procédures et des classifications des risques, aux carences en matière de vigilance à l'égard des clients (recueil d'informations et catégorisation) et au défaut de contrôle dans le domaine de la LCB-FT. Cette thématique constitue un axe de supervision récurrent et important pour l'AMF, qui continuera à mobiliser ses équipes de contrôle et sa filière répressive » [3385].

L'article L. 621-10 du Code monétaire et financier définit les prérogatives dont disposent les enquêteurs et les contrôleurs. Ils peuvent se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support ; ils peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de fournir des informations et accéder aux locaux à usage professionnel et recueillir des explications sur place.

En vertu de l'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier, le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés financiers ou aux personnes qui l'assistent. Il en est autrement de celui des auxiliaires de justice[3386], toutefois la remise volontaire d'une correspondance légalement confidentielle vaut levée du secret pour les besoins de l'enquête[3387]. Par ailleurs les enquêteurs disposent d'un droit de saisies et de visites domiciliaires leur permettant de saisir des documents et d'auditionner sur place des personnes, sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont

[3379] *Ibidem*.
[3380] Article L. 621-9 du Code monétaire et financier.
[3381] Article L. 621-9-1 et sv. du Code monétaire et financier.
[3382] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, pt. 38.
[3383] *Ibidem*.
[3384] « Chapitre 2 – La surveillance, les enquêtes et les contrôles », *Rapport annuel 2021*, AMF.
[3385] *Ibidem*.
[3386] Article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier.
[3387] Cass. 1re civ., 8 mars 2012, n° 10-26.288, *Rev. soc*. 2012, n° 6, p. 379-385, note E. DEZEUZE.

situés les locaux à visiter, saisi sur demande motivée du secrétaire général de l'AMF[3388]. À cet égard, le pouvoir d'investigation de la CNIL est supérieur.

575. Le pouvoir d'investigation de la CNIL. Sur décision de son président, la CNIL peut effectuer des contrôles pouvant prendre quatre formes différentes. Elle peut d'abord effectuer des contrôles sur place, c'est-à-dire qu'une délégation de la CNIL se rend directement au sein des locaux d'un responsable du traitement afin de mener des investigations portant sur des traitements de données personnelles. L'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit ainsi que les membres de la CNIL et ses agents habilités peuvent accéder, entre six heures et vingt-et-une heure, aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements, uniquement à usage professionnel, servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel. Le procureur de la République doit en être préalablement informé. Le responsable de traitement, en revanche, n'est pas nécessairement prévenu à l'avance du contrôle. Ce dernier dispose de la possibilité de se faire assister par un conseil, ce qui ne vaut pas obligation de surseoir aux investigations dans l'attente de son arrivée pour la CNIL. L'objectif du contrôle étant d'obtenir des informations techniques et juridiques pour apprécier les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le traitement, les agents de la CNIL pourront demander la communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission et en prendre copie, recueillir tout renseignement et toute justification utiles, accéder aux programmes et données informatiques et en demander la transcription, et, de manière générale, procéder à toute constatation utile. Lorsque le responsable des locaux s'oppose à la visite, le président de la CNIL peut demander l'autorisation de poursuivre au juge des libertés et de la détention. Lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifie, le président de la CNIL peut demander au juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire territorialement compétent une autorisation préventive pour effectuer le contrôle, sans que le responsable des locaux en ait été informé et ait eu la possibilité de s'y opposer. En permettant au juge des libertés et de la détention, gardien des libertés individuelles, d'autoriser la CNIL à effectuer un contrôle, le législateur renforce l'efficacité de la CNIL sans toutefois porter atteinte aux droits du responsable des lieux visités[3389]. En effet, la visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée, en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant qui peut se faire assister d'un conseil de son choix ou, à défaut, en présence de deux témoins qui ne sont pas placés sous l'autorité des personnes chargées de procéder au contrôle.

La CNIL peut ensuite effectuer des contrôles sur pièces. Dans ce cas un courrier accompagné d'un questionnaire est adressé au responsable du traitement. À cette occasion, il peut être demandé la copie de tous documents ou supports d'information utile à la mission de la CNIL. La CNIL a eu l'occasion de préciser que « la notion de document doit être entendue

[3388] Article L. 621-12 du Code monétaire et financier.
[3389] E. BAILLY, « Les pouvoirs d'enquête et de sanction de la CNIL », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.

de façon large, afin de permettre à la CNIL d'exécuter ses missions »[3390]. Dans cette affaire, la société Google Inc., pour se soustraire à la demande de communication du code source d'un logiciel installé dans les Google cars, opposait une lecture restrictive de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978. Il ressort donc de cette décision que la notion de document, qui doit être entendue largement, recouvre les codes sources des logiciels à l'origine de la collecte de données personnelles[3391].

La CNIL peut également effectuer un contrôle sur convocation. Le responsable convoqué devra répondre à des questions portant sur le traitement objet des vérifications et, le cas échéant, rendre possible un accès aux ressources informatiques de l'organisme. La personne convoquée est en droit de se faire assister d'un conseil de son choix, et le procès-verbal de l'audition est dressé de manière contradictoire.

La CNIL peut enfin effectuer un constat en ligne, c'est-à-dire que les agents de la CNIL effectuent des vérifications, depuis les locaux de la CNIL, en consultant notamment des données librement accessibles ou rendues accessibles directement en ligne, y compris par imprudence, négligence ou du fait d'un tiers. Ces vérifications sont effectuées à partir d'un service de communication au public en ligne, par exemple, sur un site internet, une application mobile ou un produit connecté, et peuvent, le cas échéant, être réalisées sous une identité d'emprunt. Ce constat tend à permettre aux agents de la CNIL d'utiliser des preuves directement recueillies sur internet sans avoir à les confirmer par des contrôles sur pièces ou sur place[3392]. Contrairement aux précédents contrôles, en revanche, le procès-verbal établi n'est pas dressé contradictoirement. Si, par ailleurs, le superviseur détecte des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit grâce à ses pouvoirs d'enquête, il doit en informer les autorités de poursuites.

b. La collaboration des sujets de la *compliance* avec les autorités de poursuites

576. La dénonciation au procureur de la République. La *compliance* repose sur l'association de la prévention à la répression. À ce titre, l'article 40 du Code de procédure pénale pose une obligation générale à destination de toute « autorité constituée », y compris une autorité administrative indépendante, « qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit », d'en informer le procureur de la République et de lui transmettre tout renseignement dont elle dispose[3393]. Cette obligation est d'ailleurs souvent réaffirmée dans les textes spéciaux propres aux autorités administratives indépendantes. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 8, I, f) de la loi du 6 janvier 1978 relativement à la CNIL ou de l'article L. 621-20-1 du Code monétaire et financier concernant l'AMF.

[3390] CNIL, 17 mars 2011, n° 2011-035.
[3391] E. BAILLY, art. cit.
[3392] *Ibidem*.
[3393] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », préc., pt. 18.

Les parquets sont également amenés à coopérer avec TRACFIN, qui constitue l'interface entre les volets préventifs et répressifs. Il a, en effet, la charge de transmettre aux autorités judiciaires et aux services de renseignement des informations issues des déclarations de soupçon reçues ou de toute information obtenue dans le cadre d'une enquête en cours[3394] ou d'initiative[3395]. Cette transmission est favorisée par le droit d'opposition dont dispose Tracfin, prérogative lui permettant de s'opposer à la réalisation d'une opération qui n'a pas encore été exécutée, suite à la réception d'une déclaration de soupçon, pendant un délai de dix jours[3396]. Ce délai permet à l'autorité judiciaire d'apprécier l'opportunité de prendre une ordonnance de saisie pénale des sommes en cause. Entre 2017 et 2020, TRACFIN a transmis un total de cinq dossiers aux autorités judiciaires en matière de corruption d'agents publics étrangers[3397]. En matière de blanchiment de capitaux, Tracfin fait état dans son rapport d'activité de 2020 de la remontée de dossiers auprès des autorités judiciaires concernant notamment des déclarations de soupçons de casinos ayant fait l'objet d'investigations en raison de l'utilisation massive d'espèces à l'origine indéterminée par des individus sans activité professionnelle déclarée se livrant de manière habituelle à des prises de jeu et persistant malgré des pertes régulières[3398]. Cette obligation de dénoncer les infractions au procureur de la République montre les liens étroits qui existent entre la justice pénale et les autorités administratives indépendantes[3399]. Ces liens ont été renforcés dans le cadre de la lutte contre la corruption.

577. Une collaboration renforcée – l'exemple de l'AFA. Dans son rapport de Phase 4, les examinateurs de l'OCDE saluent la bonne coopération entre les autorités d'enquêtes et de poursuites compétentes en matière de corruption transnationale, et notamment celle entre l'AFA et le Parquet national financier[3400]. Leur action est, en effet, étroitement coordonnée[3401]. Le décret du 14 mars 2017 pris pour l'application de la loi du 9 décembre 2016 a ainsi chargé l'AFA de préparer « un plan national pluriannuel de lutte contre la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêt, le détournement de fonds publics et le favoritisme »[3402]. Élaboré en 2018, le plan vise à coordonner l'action de l'ensemble des acteurs publics concernés par la lutte contre la corruption. Le parquet devant notamment informer l'AFA, et pouvant solliciter son avis, lorsqu'il envisage d'imposer une obligation de mise en place d'un programme de mise en conformité dans le cadre d'une Convention judiciaire d'intérêt public ou une peine de mise en conformité, l'AFA a proposé au parquet national

[3394] Article L. 561-31 du Code monétaire et financier.
[3395] Article L.561-30-1 du Code monétaire et financier.
[3396] Article L. 561-24, I du Code monétaire et financier ; Lignes directrices conjointes entre la chambre nationale des huissiers de justice et Tracfin, Sur les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme des huissiers de justice, pt. 95.
[3397] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France,* 2021, p. 61.
[3398] *Activité et analyse*, Tracfin, 2020, p. 20.
[3399] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », préc., pt. 18.
[3400] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France,* 2021, p. 61.
[3401] *Rapport annuel d'activité*, AFA, 2018, p. 38.
[3402] *Ibidem*.

financier, aux juridictions interrégionales spécialisées et aux pôles économiques et financiers de déterminer les modalités de cette coopération[3403]. Quatre parquets ont répondu à cette proposition en 2018, concrétisée par des protocoles avec le parquet national financier, le parquet de Paris, le parquet de Nanterre et le parquet de Bastia[3404]. Ces protocoles précisent notamment les modalités de mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public et de la peine de mise en conformité[3405]. L'AFA doit également mettre son expertise au service de l'autorité judiciaire. Elle est, en effet, tenue de donner son avis au parquet des crimes et délits à la connaissance desquels elle accède dans l'exercice de ses fonctions conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale. L'article 3, 6° de la loi du 9 décembre 2016 rappelle cette obligation et lui impose, par ailleurs, un double avis, à la fois au parquet territorialement compétent et simultanément au procureur de la République financier, si les faits révélés sont susceptibles de ressortir de la compétence de ce dernier. En 2018, l'AFA a répondu à quatre demandes d'avis techniques émanant de parquets portant principalement sur des infractions de favoritismes et de prise illégale d'intérêts[3406]. À cette fin, l'AFA centralise les informations permettant d'aider les autorités à prévenir et à détecter les faits d'atteinte à la probité et dispose d'une connaissance précise de la jurisprudence en la matière[3407]. Elle a ainsi la capacité d'aider les parquets dans la prise de décision et de renforcer la qualité des procédures judiciaires[3408]. En 2008, l'AFA a par ailleurs adressé cinq signalements au parquet national financier ainsi qu'aux parquets de Paris, Marseille, Nanterre et Lille[3409]. Son intégrité a toutefois pu être remise en question dans l'affaire « Rafale Papers ». L'absence de signalement fait par l'AFA au parquet national financier d'un paiement suspect que l'agence aurait détecté dans le cadre d'un contrôle d'initiative a en effet, suscité des interrogations des médias[3410] et une plainte contre X avec constitution de partie civile de l'association Sherpa a été déposée le 22 avril 2021[3411]. Il faut toutefois rappeler que les signalements aux autorités ne constituent pas l'objectif des contrôles de l'AFA, qui ne visent qu'à vérifier la bonne application des obligations issues des articles 3 et 17 de la loi, c'est-à-dire l'effectivité des dispositifs de prévention et de détection de la corruption[3412]. Ces signalements ne sont donc qu'incidents. L'agence indique avoir ainsi réalisé quatorze signalements à l'autorité judiciaire au titre de l'article 40 du Code de procédure

[3403] *Ibid*.
[3404] *Ibid*.
[3405] *Ibid*.
[3406] *Ibid*.
[3407] *Ibid*.
[3408] *Ibid*.
[3409] *Ibid*.
[3410] Y. PHILIPPIN, « « Rafale Papers » : les documents qui font trembler l'Inde et la France », Médiapart, 8 avril 2021 : https://www.mediapart.fr/journal/international/080421/rafale-papers-les-documents-qui-font-trembler-l-inde-et-la-france.
[3411] A. MICHEL et S. PIEL, « Affaire des Rafale vendus à l'Inde : nouvelle plainte pour corruption afin d'obtenir une enquête », Le Monde, 27 avril 2021 : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2021/04/27/l-association-anticorruption-sherpa-porte-plainte-avec-constitution-de-partie-civile-dans-l-affaire-des-rafale-vendus-a-l-inde_6078276_1653578.html.
[3412] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* préc., p. 60.

pénale, entre sa création et le 31 décembre 2020[3413]. Si les superviseurs interviennent pour favoriser l'action du juge, ce dernier agit également à l'appui des superviseurs en cas d'entrave lors de leur contrôle.

2. La sanction des entraves aux contrôles

578. Le juge à l'appui des superviseurs. Le juge pénal intervient par la sanction pénale pour entrave à une enquête ou pour sanctionner les manquements à un dispositif de *compliance*[3414]. L'article 51 de la loi du 6 janvier 1978 puni ainsi d'un an d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende l'entrave à l'action de la CNIL. L'entrave à l'action de la CNIL est réalisée en cas : d'opposition à l'exercice des missions confiées aux membres ou agents habilités lorsque la visite a été autorisée par le juge des libertés et de la détention ; de refus de communiquer, de dissimulation ou de destruction des renseignements et documents utiles à la mission de contrôle ; de communication d'informations non conformes au contenu des enregistrements tel qu'il était au moment où la demande de la CNIL a été formulée ou présentation d'un contenu sous une forme qui n'est pas directement accessible[3415]. À titre d'exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé les condamnations prononcées par la Cour d'appel de Paris contre l'Association spirituelle de l'Église de scientologie d'Île-de-France et son président, notamment des chefs d'entrave à l'activité de la CNIL[3416]. Il était en effet, reproché à l'association d'avoir indiqué inexactement à la CNIL que « toutes les démarches avaient été effectuées » pour radier le demandeur des différents organismes de la scientologie aussi bien en France qu'à l'étranger, alors que ce dernier avait reçu postérieurement deux nouveaux courriers à en-tête de l'association. Autre exemple, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que « l'invocation injustifiée du secret professionnel pourrait constituer une entrave passible des peines prévues par l'article 51 nouveau de la loi du 6 janvier 1978 »[3417].

De même, l'article L. 642-2 du Code monétaire et financier puni de deux ans d'emprisonnement et de trente mille euros d'amende, « le fait pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuée

---

[3413] *Ibidem*.

[3414] O. DOUVRELEUR, « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », *in* G. ECKERT, J.-P. KOVAR (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2017, p. 257.

[3415] « Comment se passe un contrôle de la CNIL ? », disponible sur le site de la CNIL : https://www.cnil.fr/fr/comment-se-passe-un-controle-de-la-cnil.

[3416] Cass. crim., 23 septembre 2004, n° 03-86.604, Bull. crim., n° 224, *Droit penal*, 2005, obs. M. VERON.

[3417] Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, novembre-décembre 2004, n° 6, p. 1739-1760, obs. D. CHAMUSSY ; *LPA* 2005, n° 225-226, p. 11-14, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *CC* 2004, n° 11, p. 35-39, obs. A. LEPAGE ; *ibid* n° 10, p. 29-30, obs. C. CARON ; *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2005, n° 3, p. 465-472, obs. P. CASSIA ; *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, p. 225-231, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2004, n° 60, p. 822-830, note H. ALCARAZ ; *LPA* 2004, p. 8-9, obs. J.-E. SCHOETTL.

dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 à L. 621-9-2 ou de lui communiquer des renseignements inexacts ». La Commission des sanctions de l'AMF dispose toutefois du pouvoir de sanctionner elle-même les entraves à son contrôle.

579. La sanction de l'entrave au contrôle par le superviseur. Un manquement administratif d'entrave à l'enquête de l'AMF, prévu par l'article L. 621-15-II-f du Code monétaire et financier est directement sanctionné par la Commission des sanctions de l'AMF. Dans une décision du 28 janvier 2022, le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité a toutefois déclaré que le manquement d'entrave aux enquêtes et contrôle de l'AMF est contraire à la Constitution. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause la possibilité de sanctionner de tels faits, rappelant d'ailleurs qu'« en instituant une sanction pécuniaire destinée à assurer l'efficacité des enquêtes et contrôles de l'AMF, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique »[3418]. Il relève, en revanche, que ce manquement d'entrave et le délit d'obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'AMF sont prévus par une autre disposition du Code monétaire et financier tendant « à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux » [3419]. Un tel cumul n'est donc pas possible. Suite à cette décision, l'AMF annonce qu'elle proposera des modifications législatives afin de mettre en conformité, dès que possible, le Code monétaire et financier avec la décision du Conseil constitutionnel en mettant un terme à la possibilité d'une double poursuite en matière d'entrave[3420]. Les observateurs s'interrogent par ailleurs sur l'articulation de cette sanction pour entrave avec le droit de ne pas participer à sa propre incrimination[3421]. Le droit de se taire est en effet, jugé applicable aux procédures de l'AMF, et ce dès la phase d'enquête[3422]. En l'absence de définition claire des comportements considérés comme de l'entrave par la loi, une insécurité juridique plane sur les personnes physiques et morales qui feraient valoir leur droit au silence. Par ailleurs, si en principe, la personne sollicitée dans le cadre de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier dispose du droit à ne pas concourir à sa propre incrimination et, partant, de ne pas remettre les documents et informations demandés si elle ne le souhaite pas, elle s'expose, outre le risque de voir sa responsabilité engagée pour

---

[3418] Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, Société Novaxia développement et autres [Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers], *Actualités du droit*, 9 février 2022, p. 3, obs. M. CARREZ, S. LE GALL ; *Droit pénal*, mars 2022, n° 3, p. 49-50, obs. V. PELTIER ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 21 mars 2022, n° 10, p. 560-562, obs. P. IDOUX ; *Droit des sociétés*, avril 2022, n° 4, p. 41-45, obs. J. GRANOTIER ; *RLDA* 2022, n° 180, p. 6, obs. D. STUCKI ; *Actualité juridique. Pénal*, avril 2022, n° 4, p. 205, obs. N. CATELAN ; *D*. 2022, n° 17, p. 884, obs. N. IDA ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2022, n° 2, p. 362-368, obs. J.-M. BRIGANT.

[3419] *Ibidem*.

[3420] « L'AMF demandera une modification de la loi en matière d'entrave aux enquêtes et aux contrôles », disponible sur le site de l'AMF :
https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiques/communiques-de-lamf/lamf-demandera-une-modification-de-la-loi-en-matiere-dentrave-aux-enquetes-et-aux-controles.

[3421] C. LE CORRE, « Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.

[3422] AMF, Commission des sanctions, 24 novembre 2011, Allianz Global Investors France, BNP Paribas, Société Générale, M.

entrave à l'enquête, aux conséquences pécuniaires induites par le refus de communiquer les informations demandées. La Commission des sanctions prend, en effet, en compte dans la détermination du quantum de la sanction, le degré de coopération des personnes mises en cause[3423].

De même, lorsqu'un opérateur agréé de jeux ou de paris en ligne ou un opérateur titulaire de droits exclusifs communique des informations inexactes à l'Autorité nationale des jeux, refuse de fournir les informations demandées ou fait obstacle au déroulement de l'enquête menée par les fonctionnaires ou agents habilités, la commission des sanctions de l'Autorité nationale des jeux peut, après mise en demeure de l'opérateur par le président de l'Autorité restée infructueuse, prononcer une sanction pécuniaire d'un montant qui ne peut excéder cent mille euros[3424].

B. Le pouvoir de sanction

580. Le pouvoir de sanction des superviseurs. Le Conseil constitutionnel a admis très tôt qu'un pouvoir de sanction puisse être confié à une autorité administrative. Dans les années 1990, il formula ainsi un considérant de principe général en la matière : « Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et les libertés constitutionnellement garantis ; […] en particulier, doivent être respectés les principes de la nécessité et de la légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle »[3425]. Plus récemment, il admet le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en ces termes : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis »[3426]. De la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il résulte donc que la Constitution ne s'oppose pas à l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités

---

[3423] C. LE CORRE, « Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF », art. cit.

[3424] Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux en ligne (1), article 43, IX, l.

[3425] v. par exemple Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, cons. 6.

[3426] v. par exemple Cons. const. 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA, cons. 6 ; Cons. const. 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC, Société Sud Radio Services, cons. 3.

administratives indépendantes, mais impose qu'il soit à la fois limité et encadré[3427]. La limite tient aux sanctions susceptibles d'être prononcées : il ne peut s'agir d'une privation de liberté, ou autrement dit d'une détention **(1)**. L'encadrement renvoie quant à lui à l'obligation de respecter les principes constitutionnels relatifs à la peine et son prononcé[3428]. Sont ici concernés la plupart des grands principes constitutionnels du droit pénal tels que le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des délits et des peines, la présomption d'innocence, le droit au recours juridictionnel effectif, les principes d'indépendance et d'impartialité du juge, les droits de la défense **(2)**.

1. Les manifestations du pouvoir de sanction

581. Les manifestations du pouvoir de sanction. Les pouvoirs quasi-répressifs des autorités administratives indépendantes n'ont cessé de se développer depuis plusieurs dizaines d'années proposant un large panel de sanctions **(a**) et quelques alternatives **(b)**.

a. La nature des sanctions

582. Le pouvoir de sanction des autorités de supervision. En cas de méconnaissance constatée des obligations structurelles de *compliance*, le superviseur doit pouvoir imposer des sanctions administratives effectives, proportionnées et dissuasives. Ce pouvoir s'analyse en un pouvoir quasi juridictionnel et, par là même, quasi répressif[3429]. Les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes sont toutefois appelées des sanctions administratives, non des peines. Il s'agit ici de marquer une différence organique tenant à l'autorité qui prononce la mesure, soit l'autorité administrative, soit la juridiction pénale[3430]. L'objet de la mesure est identique : il s'agit de punir un individu dont le comportement s'analyse en la violation d'une règle préétablie[3431]. En revanche, là où la peine peut être prononcée par le juge à l'égard de toute personne ayant commis une infraction qualifiée comme telle par la loi, la sanction administrative s'inscrit dans les limites du domaine de compétence de l'autorité qui la prononce[3432]. Par exemple, les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'AMF sont limitées soit quant aux personnes, soit quant aux comportements. Certaines autorités sont également pourvues d'un pouvoir de décision, qu'il faut entendre comme « *le pouvoir dont disposent certaines autorités administratives indépendantes de prendre des mesures individuelles ou de formuler des injonctions* »[3433]. Ces injonctions sont souvent considérées

[3427] A. CAPPELLO, « Autorités administratives indépendantes », préc., pt. 57.
[3428] *Ibidem*.
[3429] *Ibid*, pt. 14.
[3430] *Ibid*, pt. 55.
[3431] *Ibid*.
[3432] *Ibid*.
[3433] *Ibid*, pt. 11.

comme de véritables sanctions[3434]. Le panel de sanction dont disposent les autorités de supervision est vaste et varie d'une autorité à une autre, en voici quelques exemples.

583. L'exemple des sanctions de l'Agence française anticorruption. Les constats de manquements réalisés à l'occasion des contrôles de l'AFA peuvent donner lieu à la délivrance d'avertissements ou à la saisine de la commission des sanctions qui peut, le cas échéant, de manière cumulative : enjoindre la société d'adapter, dans un délai qu'elle fixe inférieur à trois ans, son programme de conformité selon des recommandations qu'elle formule ; prononcer une sanction pécuniaire d'un montant pouvant aller jusqu'à deux-cent-mille euros pour les personnes physiques et jusqu'à un million d'euros pour les personnes morales ; ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, aux frais du condamné.

La Commission des sanctions apprécie toutefois les griefs au moment de l'audience et non au moment des faits constatés par l'AFA lors de son contrôle[3435]. Le grief risque donc de ne plus être fondé au moment de son examen par la Commission si l'entreprise s'est mise en conformité après les contrôles de l'AFA et la saisine de la Commission. Cette appréciation est une particularité de l'AFA, les commissions des sanctions des superviseurs se prononçant généralement sur les faits constatés au moment où le grief est constaté. Il en va ainsi de la Commission des sanctions de l'AMF qui ne prend en compte les mesures prises par les entreprises après le constat du grief que comme éventuel facteur atténuant dans la fixation du niveau de sanction et non afin d'apprécier la caractérisation des manquements dont elle est saisie[3436].C'est également l'approche retenue par la formation restreinte de la CNIL[3437] ainsi que la Commission des sanctions de l'ACPR[3438]. L'avantage de juger les faits au moment de l'audience, et non au moment de leur constatation par l'AFA, est une forte incitation des entreprises à se mettre en conformité après les contrôles de l'AFA. Cependant, comme l'ont admis, lors de la visite de Phase 4 de l'OCDE, les membres de la Commission ainsi que les membres de la section du contrôle de l'AFA, il est de ce fait peu probable, compte tenu des délais entre la saisine de la Commission et l'audience de jugement, que la Commission des sanctions de l'AFA impose une sanction[3439]. Cela démontre la volonté pédagogique de l'institution pour qui la sanction ne constitue que l'ultime recours à l'égard des entreprises faisant preuve de mauvaise foi ou d'une absence de volonté manifeste[3440]. Les rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 craignent toutefois que cette procédure ne soit préjudiciable à l'agence en affectant sa crédibilité, ses observations étant ainsi constamment écartées par la commission des sanctions ; ainsi qu'aux entités contrôlées qui subissent une

---

[3434] *Ibid*, pt. 10.

[3435] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 143.

[3436] Article L. 621-15 III ter du Code monétaire et financier.

[3437] Article 47 de la loi du 6 janvier 1978.

[3438] v. ACPR, 19 juillet 2017, n° 2016-07, Société Générale.

[3439] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 143.

[3440] A. MAYMONT, *op. cit*., p. 123.

procédure publique qui nuit à leur image[3441]. Afin d'éviter ces écueils, les rapporteurs proposent de limiter la saisine de la Commission des sanctions à des hypothèses plus restreintes, par exemple, lorsque la mauvaise foi de l'entreprise est caractérisée ou lorsqu'elle n'a pas coopéré lors du contrôle[3442]. En dehors des situations dans lesquelles les personnes morales méconnaîtraient manifestement leurs obligations, les Rapporteurs proposent de faire obligatoirement précéder la saisine de la commission des sanctions d'une injonction de mise en conformité prononcée par l'agence : si la personne morale ne s'est pas conformée à cette injonction dans un certain délai, alors le directeur de l'agence pourrait saisir la commission des sanctions. C'est finalement une procédure de mise en demeure par le directeur de l'AFA afin de remplacer le pouvoir d'injonction de mise en conformité jusqu'alors attribué à la Commission des sanctions qui a fait l'objet d'une proposition de loi[3443]. Cette procédure interviendrait désormais préalablement à la saisine de la Commission des sanctions. Les entités contrôlées auraient alors entre six mois et deux ans pour se mettre en conformité et la décision pourrait être rendue publique. La sanction pécuniaire susceptible d'être prononcée remplie toutefois une fonction d'intimidation qui « *contribuera à faire de l'AFA un véritable " gendarme " de la prévention anticorruption* »[3444], bien que « *le caractère graduel de cette procédure - avertissement de l'AFA/saisine de la commission de sanctions/injonction/sanctions - laisse penser que, sauf défaillances graves et réitérées, difficilement un manquement constaté aux obligations de conformité débouchera sur l'application d'une sanction pécuniaire* » [3445].

584. L'exemple de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. La Commission des sanctions de l'ACPR dispose d'un large pouvoir puisqu'elle peut prononcer l'une ou plusieurs des sanctions disciplinaires suivantes, en fonction de la gravité du manquement : l'avertissement ; le blâme ; l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité ; la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants ; la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants ; le retrait partiel ou total d'agrément[3446]. Elle peut également prononcer à la place ou en sus de ces sanctions, une amende d'un montant maximum de cent millions d'euros, ou dans la limite de dix pour cent du chiffre d'affaires total de la société[3447]. La Commission des sanctions peut prendre en compte la rapidité de réaction des assujettis après le contrôle, le budget consacré aux remédiations dont la nécessité est apparue à ce moment-là et les résultats déjà obtenus en tant que facteur atténuant de la sanction

[3441] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* préc., p. 60.

[3442] *Ibidem*.

[3443] Proposition de loi n° 4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption, présentée par M. Raphaël GAUVIN, enregistrée le 19 octobre 2021, article 5.

[3444] L. D'AMBROSIO, art. cit.

[3445] *Ibidem*.

[3446] Article L. 612-39 du Code monétaire et financier.

[3447] Article L. 612-39 du Code monétaire et financier.

prononcée. Elle peut également assortir la sanction d'une astreinte, dont elle fixe le montant et la date d'effet.

585. L'exemple de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Le règlement général de protection des données a renforcé le pouvoir de sanction administrative de la CNIL. Les sanctions pécuniaires peuvent désormais s'élever jusqu'à vingt millions d'euros ou quatre pour cent du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise. La gamme des sanctions est également élargie. La formation restreinte a prononcé à ce jour « plus de 550 sanctions représentant plus de 300 millions d'euros d'amendes »[3448]. La formation restreinte de la CNIL peut, outre l'amende administrative, prononcer un rappel à l'ordre ; enjoindre de mettre le traitement en conformité y compris sous astreinte, d'un montant de cent mille euros maximum par jour ; limiter temporairement ou définitivement un traitement ; suspendre les flux de données ; ordonner de satisfaire aux demandes d'exercice des droits des personnes, y compris sous astreinte. Le règlement européen a ainsi organisé une harmonisation totale des pouvoirs des autorités de contrôle européennes, son article 58 précisant expressément que chacune des autorités nationales de contrôle dispose de tous les pouvoirs établis par le règlement. Monsieur Gabrié précise par ailleurs que cette disposition doit être lue en combinaison avec la jurisprudence européenne, et notamment avec l'arrêt de la Cour de justice concernant le Safe Harbor, qui appelle à la mise en œuvre effective des pouvoirs confiés à ces autorités[3449]. L'enjeu de cette harmonisation européenne des pouvoirs est d'assurer le même niveau de protection des résidents de l'Union européenne à l'égard du traitement de leurs données. Les pouvoirs du Président de la CNIL ont par ailleurs été récemment accrus. Il peut prononcer, un avertissement ou une mise en demeure de se mettre en conformité, dont la procédure peut être accélérée depuis la loi du 24 janvier 2022, avec dorénavant la possibilité d'en prononcer la clôture sans nécessairement attendre la preuve de la mise en conformité correspondante qui peut en ce cas être vérifiée par d'autres moyens, tels qu'un éventuel contrôle ultérieur. La loi du 24 janvier 2022 a également ajouté la possibilité d'effectuer un simple rappel aux obligations légales pour les manquements de moindre gravité. Une procédure simplifiée est par ailleurs prévue par le nouvel article 22-1 de la loi du 6 janvier 1978. Assurée à juge unique par le Président de la Formation restreinte ou l'un de ses autres membres lorsque l'affaire ne présente pas de difficulté particulière, elle ne génère en ce cas que des sanctions limitées et non susceptibles de publication, à savoir : un rappel à l'ordre ; une injonction de mise en conformité, dont l'astreinte est limitée à cent euros par jour ; une amende de vingt mille euros maximum. Selon son communiqué du 12 avril 2022, la CNIL annonce ainsi une politique répressive désormais différenciée au regard de la diversité des dossiers qu'elle a à connaître en termes de gravité ou de questions soulevées, ce qui a pour objet d'inciter toutes les structures à se mettre en conformité avec la réglementation européenne, quels que soient leur taille ou leur secteur d'activité.

[3448] *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne*, préc.
[3449] E. GABRIE, art. cit.

586. L'exemple de l'Autorité de régulation des jeux en ligne. En cas de manquement aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la Commission des sanctions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut prononcer, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes : l'avertissement ; la réduction d'une année au maximum de la durée de l'agrément ; la suspension de l'agrément pour trois mois au plus ; le retrait de l'agrément qui peut s'accompagner de l'interdiction de solliciter un nouvel agrément pendant un délai maximal de trois ans[3450]. La Commission des sanctions de l'Autorité peut, à la place ou en sus des sanctions précédemment énoncées, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'opérateur en cause, à l'ampleur du dommage causé et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder cinq pour cent du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos correspondant à ses activités faisant l'objet de l'agrément[3451]. Ce plafond est porté à dix pour cent en cas de nouveau manquement. À défaut d'activité antérieure permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder cent-cinquante-mille euros, portés à trois-cent-soixante-quinze-mille euros en cas de nouvelle violation de la même obligation.

b. Les alternatives aux sanctions

587. Les alternatives au pouvoir de sanction. Certaines autorités administratives indépendantes sont dotées d'un pouvoir de règlement des différends leur permettant de statuer sur certains litiges, ou d'un pouvoir de transaction permettant à l'autorité de proposer une sanction au contrevenant[3452]. Ce dernier peut être de deux types. Ce peut être un pouvoir de « *transaction administrative* » dont est notamment doté l'AMF, ou un pouvoir de « *transaction pénale* » que seul le Défenseur des droits détient[3453].

Le pouvoir de « transaction administrative » que détient l'AMF est défini par l'article L. 621-14-1 du Code monétaire et financier. Au vu du rapport d'enquête ou de contrôle établi par les services de l'AMF, le collège peut, dans certains cas, proposer à la personne soupçonnée de ne pas avoir respecté ses obligations professionnelles « d'entrer en voie de composition administrative » afin de parvenir à un « accord de transaction ». Il s'agit là d'une alternative à la sanction[3454]. Si la personne refuse, une procédure de sanction est ouverte ; si la personne accepte, l'accord doit être négocié entre celle-ci et le secrétaire général de l'AMF dans un délai de quatre mois. L'accord est ensuite soumis au collège : soit celui-ci refuse de le valider et la négociation doit reprendre, en cas de nouvel échec, une procédure de sanction est ouverte ; soit le collège valide l'accord qui est alors transmis à la commission des sanctions. Celle-ci peut soit homologuer l'accord qui est alors publié, soit refuser l'homologation et, dans ce cas, une

[3450] Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1), article 43, IV, l.
[3451] *Ibidem*, article 43, V.
[3452] A. CAPPELLO, préc., pt. 15.
[3453] *Ibidem*, pt. 19.
[3454] *Ibid*, pt. 20.

procédure de sanction est ouverte. La composition administrative met en œuvre une sanction négociée qui semble s'apparenter à la transaction prévue à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale ou à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité du droit pénal commun[3455]. Deux différences essentielles existent néanmoins : dans la composition administrative de l'AMF, la sanction est davantage négociée par les parties et la procédure est interne à l'autorité administrative, il n'y aucune intervention du Parquet ou du juge judiciaire[3456].

Le pouvoir de « transaction pénale » du Défenseur des droits est prévu par l'article 28 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011. Celle-ci peut être qualifiée de « pénale » dans la mesure où, non seulement elle débouche sur le paiement d'une amende, mais encore elle fait intervenir le procureur de la République et entretient des liens étroits avec d'autres procédures de droit commun[3457]. Lorsque le Défenseur des droits constate l'existence d'une des discriminations prévues aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et L. 1146-1 et L. 2146-2 du Code du travail, qui pourrait notamment faire suite à une alerte, il peut « proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 euros s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 euros s'il s'agit d'une personne morale et, s'il y a lieu, dans l'indemnisation de la victime ». Le Défenseur des droits peut aussi proposer que cette transaction soit communiquée ou publiée selon divers moyens. Dans tous les cas, la transaction doit être acceptée par l'auteur, qui peut être assisté d'un avocat, ainsi que par la victime, et être homologuée par le procureur de la République. Cette procédure transactionnelle entretient des liens étroits avec d'autres procédures pénales de droit commun, à savoir la composition pénale[3458] et la transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Chacune de ces procédures ne peut être mise en œuvre que si l'action publique n'a pas été déclenchée et chacune fait intervenir le procureur de la République[3459]. En outre, les actes tendant à la mise en œuvre de ces transactions et de la composition sont interruptifs de la prescription de l'action publique et leur exécution emporte extinction de l'action publique[3460]. Enfin, en cas l'échec de la procédure a pour conséquence de mettre en mouvement l'action publique[3461]. Il existe toutefois des différences sensibles entre ces trois procédures, notamment l'exigence de l'homologation de l'autorité judiciaire qui n'est pas prévue pas dans le cadre de la transaction mise en œuvre par le Défenseur des droits[3462]. Une autre différence essentielle tient au fait que la victime doit donner son accord dans le cadre de la transaction du Défenseur des droits, alors qu'elle est exclue des deux autres procédures pénales[3463]. Cela tient à la philosophie différente qui gouverne la sanction pénale, d'une part,

[3455] *Ibid*.
[3456] *Ibid*.
[3457] *Ibid*, pt. 24.
[3458] Article 41-2 du Code de procédure pénale.
[3459] *Ibid*, pt. 26.
[3460] *Ibid*.
[3461] *Ibid*.
[3462] *Ibid*, pt. 24.
[3463] *Ibid*.

qui oppose la société à l'auteur de l'infraction, et la sanction administrative, d'autre part, qui n'a pas la même dimension d'intérêt général[3464].

2. Les garanties attachées au pouvoir de sanction

588. Le respect de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme par les autorités de supervision. La Cour européenne des droits de l'homme, à l'image du Conseil constitutionnel, ne s'oppose pas à l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes, mais encadre celui-ci par le respect des principes énoncés à l'article 6, § 1, de la Convention[3465]. Ces principes regroupés sous le terme de « droit au procès équitable » ont, en effet, vocation à s'appliquer chaque fois que la Cour considère que la mesure concernée relève de la « matière pénale », notion autonome qu'elle détermine en fonction de trois critères : la qualification nationale de la mesure, la nature de la mesure et notamment son caractère punitif ou non, et la sévérité de celle-ci[3466]. Face à une sanction administrative, la Cour raisonne donc en deux étapes[3467]. Elle étudie, d'abord, la mesure au regard des trois critères énoncés et détermine si celle-ci relève ou non de l'article 6,§1. En cas de réponse positive, elle vérifie, ensuite, que les principes qui sont consacrés dans cette disposition ont été respectés dans le cadre du prononcé de la sanction, soit dans la phase administrative elle-même, soit, à défaut, dans la phase du recours juridictionnel postérieur.

S'agissant du Conseil d'État, une conception plus rigoureuse du champ d'application de l'article 6, § 1 de la Convention européenne s'emble être retenue, en imposant que certaines de ses exigences soient appliquées dès la phase administrative. C'est ce qui ressort du célèbre arrêt Didier rendu le 3 décembre 1999 et présenté comme l'arrêt fondateur dans le domaine du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes : « Considérant que, quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi […] du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations [de l'art. 6, § 1] ; que compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6, § 1 […] n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant, […] le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6, § 1 […] peut, eu égard à la nature, à la composition

[3464] *Ibid*.

[3465] v. par exemple CEDH, 14 octobre 2003, Lilly c/ France, req. n° 53892/00.

[3466] v. par exemple CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas, req. n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

[3467] A. CAPPELLO, préc., pt. 58.

et aux attributions de cet organisme être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État à l'encontre de sa décision »[3468].

S'agissant de la Cour de cassation, c'est l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 5 février 1999[3469] qui est considéré comme posant le principe de l'application des exigences de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes[3470]. S'imposent ainsi aux superviseurs des garanties substantielles **(a)** et des garanties procédurales **(b)**.

a. Les garanties substantielles

589. Les garanties substantielles devant les autorités administratives indépendantes. Parmi les garanties substantielles applicables aux sanctions administratives sont concernés le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de séparation des pouvoirs, le principe de non-rétroactivité de loi, le principe de nécessité des délits et des peines et, de manière plus implicite, le principe de responsabilité du fait personnel.

590. Le principe de la légalité des délits et des peines. Le principe de la légalité des délits et des peines emporte deux exigences distinctes. La première est formelle et implique que les infractions et les peines correspondantes soient prévues dans un texte : la loi pour les crimes et les délits, le règlement autonome pour les contraventions. La seconde est matérielle et implique que les incriminations soient définies en termes suffisamment clairs et précis afin d'exclure tout arbitraire du juge et d'assurer la prévisibilité de la loi. À ce titre, dans sa décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, le Conseil constitutionnel conclu à l'inconstitutionnalité de l'amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros prévue en cas de méconnaissant par une société de l'obligation lui incombant d'établir un plan de vigilance. Le Conseil reproche en effet au législateur de n'avoir pas défini les obligations ainsi sanctionnées « en termes suffisamment clairs et précis », ce qui méconnaîtrait le principe de légalité des délits et des peines.

591. Le principe de séparation des pouvoirs. Le superviseur cumulant les fonctions de procureur et juge, la question s'est également posée du respect de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

---

[3468] CE, ass. plén., 3 décembre 1999, req. n° 207434 , Lebon 399 ; *D*. 2000. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP E* 2000. 509, obs. F. SUDRE ; *Rev. adm*. 2000. 42, obs. J.-M. BRIERE. – v. également CE, 27 octobre 2006, req. n° 276069 ; *D*. 2007. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *RTD com*. 2007. 406, obs. N. RONTCHEVSKY ; *AJDA* 2007. 80, obs. M. COLLET.

[3469] Cass., ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.440, Bull. ass. plén., p. 1 ; *JCP* 1999. 636, obs. H. MATSOPOULOU ; *JCP* 1999. 589, obs. E. GARAUD ; *AJDA* 1999. 847, obs. J.-F. BRISSON.

[3470] A. CAPPELLO, préc., pt. 59.

fondamentales[3471]. Pour la Cour de cassation, la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative dès lors qu'il a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits, est contraire à ce principe[3472]. Il est ainsi nécessaire que les fonctions de poursuite soient distinctes et indépendantes des fonctions de jugement au sein des superviseurs[3473]. L'Office parlementaire établissant un rapport sur les autorités administratives indépendantes en 2021 lui préfère une dissociation plus radicale entre les fonctions d'instruction et de jugement[3474]. L'AFA est ainsi organisée en deux parties : un organisme administratif et une commission des sanctions. La commission des sanctions dispose d'une certaine indépendance. Les lignes directrices de l'AFA précisent ainsi expressément que le directeur de l'AFA peut se baser sur ses lignes directrices pour poursuivre, mais la commission des sanctions n'est pas liée et n'a pas à les suivre. Certains représentants du secteur privé ont néanmoins émis des critiques lors de la visite de l'OCDE quant à la concentration au sein de l'AFA des fonctions de détection, de conseil, de contrôle, de signalement et de sanction. Le rapport de Phase 4 fait état à ce titre d'« un risque quant à la perception du rôle et au positionnement de l'agence vis-à-vis des entreprises » quand bien même « le cadre organisationnel de l'AFA assure une séparation, entre deux sous-directions distinctes, de ses fonctions de conseil, d'une part, et de contrôle et de sanctions, d'autre part »[3475]. De même, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution comprend un collège de supervision dans le cadre de ses activités de contrôle et une commission des sanctions compétentes en cas de défaillance des assujettis dans la mise en œuvre de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux. Enfin, à l'issue de contrôles ou de plaintes, en cas de méconnaissance des dispositions du règlement général de protection des données, le président de la CNIL désigne un rapporteur et saisit la formation restreinte de la CNIL. La formation restreinte de la CNIL délibère à huis clos, sans le rapporteur.

592. Le principe de non-rétroactivité. Le principe de non-rétroactivité est l'un des premiers principes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 dont l'applicabilité aux sanctions administratives a été consacrée par le Conseil constitutionnel. C'est dans une décision du 30 décembre 1982 qu'il a ainsi jugé que ce principe « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »[3476]. En revanche, la rétroactivité *in mitius* semble connaître d'une exception en matière économique susceptible de rejaillir sur les sanctions susceptibles d'être prononcées par les autorités administratives indépendantes[3477]. Cette exception vise le cas où l'incrimination repose sur deux textes distincts : l'un qui pose le

[3471] *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, préc.
[3472] *Ibidem*.
[3473] *Ibid*.
[3474] *Ibid*.
[3475] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 138.
[3476] Cons. const., 30 décembre 1982, n° 82-155 DC ; *D*. 1984. 472, obs. L. HAMON ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 199, obs. P. AVRIL et J. GIQUEL.
[3477] A. CAPPELLO, préc., pt. 79.

principe de l'incrimination et détermine la sanction encourue, l'autre qui définit concrètement le comportement incriminé. Lorsque le caractère plus doux de la loi nouvelle concerne uniquement le second texte, le principe de la rétroactivité *in mitius* peut ne pas s'appliquer. Or, c'est bien le mécanisme que l'on retrouve s'agissant des autorités administratives indépendantes : un texte énonce que la violation d'une obligation est sanctionnable et fixe la sanction, un autre définit l'obligation en cause.

593. Le principe de nécessité des délits et des peines. Le principe de nécessité des délits et des peines inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen emporte plusieurs exigences[3478]. La première s'adresse au législateur et oblige à une proportion abstraite entre la peine encourue et le délit incriminé. La deuxième renvoie au principe d'individualisation des peines qui impose une proportion concrète entre la peine prononcée et le délit commis. L'application du principe d'individualisation des peines aux sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes est une exigence à la fois légale et constitutionnelle. Il s'agit, en effet, d'un principe fondamental du droit pénal consacré et défini à l'article 132-1 du Code pénal. Les textes relatifs aux autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction intègrent tous le principe d'individualisation des peines[3479]. Ce principe est susceptible d'emporter, par voie de conséquence, l'obligation pour les autorités administratives indépendantes de motiver le choix de la sanction prononcée[3480]. À ce titre, les sanctions prises par la formation restreinte de la CNIL sont motivées : elles énoncent les considérations de droit et de fait sur lesquelles elles sont fondées[3481]. Une telle motivation, qui apparaît indispensable pour faciliter le contrôle postérieur du juge, est imposée par l'article 1er de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Ce texte dispose, en effet, que : « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles qui les concernent » et notamment des décisions qui « infligent une sanction ». Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, consacré le principe d'individualisation des peines dans une décision du 22 juillet 2005[3482] et a fondé son application aux sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans une décision rendue le 14 octobre 2015 : « Considérant que le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 implique qu'une sanction ayant le caractère d'une punition infligée par une autorité administrative indépendante exerçant un pouvoir de sanction ne puisse être appliquée que si l'autorité l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce »[3483]. Le Conseil d'État est par ailleurs compétent pour connaître des recours formés contre les décisions des autorités administratives indépendantes et il peut non seulement

---

[3478] *Ibidem*, pt. 80.
[3479] *Ibid*.
[3480] *Ibid*.
[3481] LOI n° 78-17, 6 janvier 1978, article 46.
[3482] Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC ; *RFDC* 2006. 165, obs. S. NICOT ; *Gaz. Pal*. 2005. 6, obs. J.-E. SCHOETTL.
[3483] Cons. const. 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA, préc.

annuler les décisions prononçant une sanction qui ne serait pas proportionnée, mais encore lui substituer une sanction plus adaptée[3484]. De même, le juge judiciaire peut être amené à contrôler le respect du principe d'individualisation des peines à l'égard des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, la Cour de cassation ne pouvant, en revanche, réformer la décision et doit se contenter de l'annuler en renvoyant l'affaire à la juridiction du second degré[3485]. La troisième exigence a trait à la question du cumul des répressions pénales et administratives qui comprend la règle du non-cumul des poursuites, ou *non bis in idem*, et celle du non-cumul des sanctions. Si le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme ont été, un temps, en opposition sur la question de l'application de ces deux règles à l'égard des peines et des sanctions administratives[3486], le Conseil constitutionnel s'aligne désormais sur la jurisprudence de la Cour européenne refusant le cumul de sanctions pénales et administratives[3487].

594. Le principe de responsabilité du fait personnel. Le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait a été consacré par le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 juin 1999[3488]. Cette consécration repose sur la combinaison des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Comme le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le préciser dans une décision du 14 octobre 2015 relative au Conseil de la concurrence, « ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition », y compris, donc, celles prononcées par les autorités administratives indépendantes[3489].

b. Les garanties procédurales

595. Les garanties procédurales devant les autorités administratives indépendantes. Les pouvoirs quasi-répressifs des autorités administratives indépendantes, en particulier les pouvoirs d'investigation et de sanction, sont encadrés de nombreuses garanties procédurales, imposées progressivement par la jurisprudence constitutionnelle, la jurisprudence européenne et la loi[3490]. Parmi elles, on compte les droits de la défense, la présomption d'innocence, l'indépendance et l'impartialité, le droit au recours juridictionnel et la publicité de l'audience.

596. Les droits de la défense. Les droits de la défense trouvent un fondement aussi bien constitutionnel avec l'article 16 de la Déclaration de 1789, que conventionnel. Pour autant, leur définition n'est pas aisée, aucune juridiction n'ayant pris la peine d'en donner la liste précise.

[3484] A. CAPPELLO, préc., pt. 99.
[3485] *Ibidem*.
[3486] *Ibid*, pt. 100.
[3487] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, M. John L, cons. 28.
[3488] Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; *JCP* 1999. I. 141, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *D.* 1999. 589, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART.
[3489] Cons. const. 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA, préc.
[3490] A. CAPPELLO, préc., pt. 117.

Si l'on se réfère à l'article 6-3 de la Convention européenne, on peut les présenter de la manière suivante : le droit d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue que l'on comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre soi ; le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; le droit de se défendre soi-même ou avec l'assistance d'un défenseur de son choix, au besoin gratuitement ; le droit d'interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge ; le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète. La liste n'est pourtant pas exhaustive puisqu'il manque par exemple le contradictoire et l'égalité des armes, auxquels la Cour européenne attache une grande importance[3491]. C'est à ce titre que le pouvoir de sanction de la CNIL est exercé exclusivement après une procédure contradictoire. Les organismes mis en cause peuvent donc être assisté d'un avocat, accéder au dossier et être entendus lors de l'audience devant la formation restreinte. De même, lors des auditions devant les agents de l'AMF, les personnes entendues ont le droit de se faire assister par un avocat, ce droit devant faire l'objet d'un rappel exprès et préalable[3492]. Aussi, par un arrêt du 13 septembre 2012, la Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, a prononcé la nullité d'un procès-verbal aux termes duquel les déclarations spontanées d'une personne avaient été recueillies sans qu'il soit préalablement rappelé à l'interlocuteur son droit d'être convoqué et la faculté dont il disposait d'être assisté du conseil de son choix[3493]. La Cour d'appel a, en outre, étendu la nullité du procès-verbal à l'ensemble des pièces subséquentes et à la décision de la Commission des sanctions. Le droit du contradictoire, en revanche, n'est pas respecté par la procédure devant l'AMF, en dépit de la communication d'une lettre circonstanciée à la personne susceptible d'être mise en cause et du droit de réponse accordé à cette dernière. La défense n'a en effet, pas accès aux pièces sur lesquelles se fonde l'accusation et ne peut donc préparer sa défense que sur le contenu de la lettre circonstanciée et les pièces que les enquêteurs ont choisi de communiquer de manière arbitraire[3494]. De même, le délai d'un mois pour répondre à la lettre circonstanciée apparaît insuffisant pour permettre à la personne visée de préparer convenablement sa défense[3495]. Enfin, la défense ne s'exprime pas en dernier, ainsi les moyens de défense présentés par le mis en cause dans sa réponse à la lettre circonstanciée pourront être utilisés par les enquêteurs au sein du rapport final afin de soutenir la thèse de l'accusation[3496]. Le principe soulevé en réponse à de telles critiques est le suivant : le principe du contradictoire n'a vocation à s'appliquer qu'à compter de la notification des griefs, qui équivaut à l'acte d'accusation et marque l'ouverture d'une procédure de sanction[3497]. La jurisprudence retient en effet que « la contradiction, qui s'applique pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction, et non de l'enquête, laquelle doit être seulement loyale de

[3491] *Ibidem*.
[3492] C. LE CORRE, art. cit.
[3493] CA Paris, 13 septembre 2012, 2011/17362, sur renvoi de Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267, Bull. civ. IV, n° 82.
[3494] C. LE CORRE, art. cit.
[3495] *Ibidem*.
[3496] *Ibid*.
[3497] *Ibid*.

façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense »[3498]. Au stade de l'enquête, ce n'est donc pas sur le terrain du contradictoire que le justiciable pourra trouver une protection des droits de la défense, mais sur celui de la loyauté dans l'administration de la preuve. La question de l'appréciation, par la Commission des sanctions, du principe de loyauté de l'enquête s'est notamment posée eu égard à la communication, ou plutôt le défaut de communication, par les enquêteurs, d'éléments essentiels à l'appréciation des griefs retenus[3499]. La Cour d'appel de Paris a par exemple jugé que la non-communication d'une pièce de l'enquête aux personnes mises en cause caractérise un manquement au devoir de loyauté et vicie la procédure dès lors qu'elle a trait à « des éléments de nature à influer sur l'appréciation du bien-fondé des griefs retenus » ou quand « elle porte concrètement atteinte aux droits de la défense »[3500]. *A contrario*, l'AFA revendique le respect du droit du contradictoire dès la phase de contrôle. À cette fin des entretiens sont dirigés par l'équipe en charge du contrôle au début de celui-ci pour présenter la démarche à l'entité contrôlée et bénéficier d'une première présentation de celle-ci, et à la fin du contrôle pour permettre une première restitution orale à l'entité contrôlée des résultats des opérations de contrôle et d'exposer les suites possibles[3501]. À l'issue d'un contrôle, un rapport provisoire est envoyé à l'entité contrôlée qui dispose alors de deux mois pour faire ses observations en réponse. Celles-ci sont analysées par l'AFA qui établit alors un rapport définitif, tenant compte de cette réponse, et transmis à l'entité contrôlée. Durant la période du contradictoire, il est systématiquement proposé aux entités de rencontrer le directeur de l'AFA.

597. La présomption d'innocence. La présomption d'innocence signifie qu'une personne est innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Elle est à la fois une règle de forme, selon laquelle la charge de la preuve pèse sur la partie poursuivante, et une règle de fond, qui impose que les mesures d'investigation contraignantes soient nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées aux faits qu'il s'agit de réprimer. La présomption d'innocence est consacrée à tous les niveaux de la hiérarchie des normes : constitutionnel, d'une part, en vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, conventionnel, d'autre part, en vertu de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, législatif, enfin, en vertu de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 9-1 du Code civil.

598. L'indépendance et l'impartialité. Les notions d'indépendance et d'impartialité ne doivent pas être confondues : l'indépendance signifie que le juge doit pouvoir prendre les décisions qui lui reviennent en toute liberté, sans souffrir de directives, voire de pressions

---

[3498] Cass. com. 1 mars 2011, n° 09-71.252, *Banque et Droit*, 2011, n° 139, p. 22, chron. H. VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. SAINT MARS, J.-P. BORNET ; *Rev. sociétés* 2011, n° 10, p. 575-580, note C. ARSOUZE.

[3499] C. LE CORRE, art. cit.

[3500] CA Paris, pôle 5, chambre 7, 5 janvier 2010, 2009/06017.

[3501] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »,* préc., p. 69.

extérieures et l'impartialité renvoie à l'obligation qui lui est faite de se prononcer en toute objectivité, sans favoriser, a priori et de manière définitive, l'une ou l'autre des parties[3502]. Il n'en demeure pas moins que « *ces deux notions entretiennent des relations étroites, car une institution rend sa décision avec d'autant plus d'objectivité qu'elle ne subit aucune influence extérieure* »[3503]. Prévue par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour européenne retient une conception dite matérielle de la notion de « tribunal » permettant d'inclure les autorités administratives indépendantes dans le champ de cette garantie. Le Conseil constitutionnel adopte la même position que la Cour européenne et fait des exigences d'indépendance et d'impartialité une des conditions de l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autres principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »[3504].

La question de l'indépendance ayant été abordée en section 1[3505], reste à poser celle de l'impartialité. Au regard de l'impartialité objective des autorités administratives indépendantes, deux problèmes particuliers se posent. Le premier concerne la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, la seconde porte sur la saisine d'office. Le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est consacré à l'article préliminaire du Code de procédure pénale et se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a eu l'occasion de l'appliquer à plusieurs reprises aux autorités administratives indépendantes[3506]. Il considère dans ce cadre, au moins implicitement, que cette séparation des fonctions n'a pas nécessairement à être organique, mais peut être simplement fonctionnelle[3507].Concernant la seconde question, de nombreuses autorités administratives indépendantes sont dotées de la faculté de se saisir d'office d'une affaire, notamment l'AMF. Il ressort de la jurisprudence que cette faculté d'auto-saisine n'est en elle-même contraire à aucun principe, à condition qu'elle ne conduise pas à un « préjugement » des faits[3508]. Le Conseil constitutionnel a ainsi décidé que la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de se

---

[3502] A. CAPPELLO, préc., pt. 146.
[3503] *Ibidem*.
[3504] Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA, préc.
[3505] v. *supra* pt. 539 et sv.
[3506] v. par exemple Cons. const., 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC , Banque populaire Côte d'Azur, cons. 8.
[3507] A. CAPPELLO, préc., pt. 179.
[3508] *Ibidem*.

saisir d'office ne méconnaît pas le principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 puisqu'elle ne conduit pas « l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner »[3509].

599. Le droit au recours juridictionnel. Le droit au recours juridictionnel constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6, § 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est également consacré, implicitement, par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, explicitement, par l'article préliminaire du code de procédure pénale. Il signifie que la personne faisant l'objet d'une accusation a le droit de faire entendre sa cause par un juge. Devant les autorités administratives indépendantes, le droit au recours juridictionnel trouve à s'appliquer aussi bien au cours de la phase d'enquête qu'au cours de la procédure de sanction. Concernant la phase d'enquête, seules les visites et saisies autorisées par le juge judiciaire peuvent faire l'objet de recours, les investigations relevant des enquêtes simplifiées sont exclues[3510]. De même, la décision par laquelle une autorité administrative indépendante refuse de mettre en œuvre les pouvoirs d'enquête dont elle dispose est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. À ce titre le Conseil d'État a jugé au sujet de la CNIL : « une décision par laquelle la CNIL refuse de donner suite à une demande tendant à ce qu'elle mette en œuvre les pouvoirs d'enquête dont elle peut faire usage sur le fondement de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 lorsqu'elle est saisie d'une réclamation, pétition ou plainte relative à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel, est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »[3511]. La Cour d'appel de Paris est la juridiction devant laquelle sont portés les recours contre les décisions des régulateurs[3512]. Mais elle n'est pas le juge de la légalité de décisions réglementaires prises par les régulateurs qui relève de la compétence du juge administratif[3513]. S'agissant des décisions individuelles, le juge administratif a fait évoluer son office pour prendre en compte les actes de droit souple[3514]. Dans sa décision Crédit foncier de France[3515], le Conseil d'État permet aux autorités publiques, sans méconnaître le pouvoir réglementaire du Premier ministre, d'édicter des directives ou des lignes directrices guidant, sans contraindre, le pouvoir de décision individuel de l'autorité compétente[3516]. Elles ne relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris que sur attribution expresse du législateur. La CNIL relève, par exemple, exclusivement du juge administratif, de même que les décisions de la Commission des sanctions de l'AFA ainsi que des décisions prononcées par la

[3509] Cons. const., 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, Société Groupe Canal Plus, cons. 20.
[3510] Cons. const., 8 juillet 2016, n° 2016-552 QPC, Société Brenntag, cons. 9.
[3511] CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 5 décembre 2011, req. n° 319545 ; *AJDA* 2012. 959, obs. P. IDOUX.
[3512] O. DOUVRELEUR, art. cit.
[3513] *Ibidem*.
[3514] J.-C. SAUVE, « Compliance, droit public et juge administratif », *in* M.-A. FRISON ROCHE, *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 47.
[3515] CE, Section, 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, n° 78880, Rec. 570.
[3516] J.-C. SAUVE, art. cit.

Commission des sanctions de l'Autorité nationale des jeux[3517]. Dans le cadre de ce recours, le juge peut annuler la décision avec ou sans révocation ou la réformer en tout ou partie. Elle peut vérifier la régularité formelle et procédurale de la décision. Il revient au juge de déterminer si les moyens et compétences du régulateur sont mis en œuvre conformément au cadre normatif. Parfois, le juge doit se référer aux objectifs de la régulation et confronter les décisions avec ces objectifs. Les avis, recommandations, mise en garde ou prise de position adoptées par les autorités de régulation sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir lorsqu'elles énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ou qu'elles sont de nature à reproduire des effets notables, notamment économiques, ou qu'elles ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent[3518].

600. La publicité de l'audience. Alors que la publicité de l'audience est un élément important de l'article 6 de la Convention et de la jurisprudence européenne, cette exigence n'occupe pas une place centrale au niveau constitutionnel[3519]. Les débats devant la Commission des sanctions de l'AFA sont rendus publics, mais le président peut interdire au public l'accès de la salle non seulement pour préserver classiquement l'ordre public, mais aussi lorsque la publicité est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ou à tout autre secret protégés par la loi[3520]. Les Rapporteurs de la mission d'information sur l'évaluation de la loi du 9 décembre 2016 proposent quant à eux d'assurer une confidentialité totale des débats devant la Commission des sanctions afin de limiter tout risque de publicité négative pour les entreprises avant que la décision ne soit rendue[3521].

La publication des décisions, en revanche, est pratiquée par la majorité des autorités administratives indépendantes pour deux raisons. D'abord parce qu'elle constitue un élément à valeur pédagogique. Ensuite parce que la publication elle-même est une forme de sanction en ce qu'elle porte atteinte au capital réputationnel de l'entreprise pouvant « *entraîner des conséquences économiques sans rapport avec la faute* » ce qui en fait « *souvent la plus redoutée par les opérateurs économiques* »[3522]. La formation restreinte de la CNIL peut par exemple décider de la publicité de la sanction, de même que la Commission des sanctions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne[3523]. Certaines autorités peuvent également rendre publiques les mises en demeure. L'article 46 de la loi du 6 janvier 1978 permet ainsi au président de la CNIL de demander au bureau de rendre publique une mise en demeure d'un responsable de traitement

---

[3517] LOI n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1), article 44, II.

[3518] J.-C. SAUVE, art. cit.

[3519] A. CAPPELLO, préc., pt. 203.

[3520] AFA, Règlement intérieur de la commission des sanctions, article 9.

[3521] *Rapport d'information, En conclusion des travaux d'une mission d'information (1) sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 »*, préc., p. 60.

[3522] C.-A. MAETZ, « Devoir de vigilance et réputation », *JCP E* 03 aout 2023, n° 31-35, 1246.

[3523] Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (1), article 43, X.

de faire cesser le manquement constaté. Cette publicité est justifiée par la nature et la gravité des manquements et le nombre de personnes concernées. Dans un souci d'équité à l'égard du responsable de traitement, si ce dernier s'est mis en conformité avec la mise en demeure et qu'en conséquence le président de la CNIL a clôturé la procédure, la clôture fait l'objet de la même mesure de publicité que la mise en demeure[3524].

601. Conclusion §2. Le pouvoir de sanction étendu des superviseurs. Les autorités de supervision disposent d'un large panel de sanctions en cas de méconnaissance des obligations de *compliance*. Ce pouvoir implique, en principe, le respect de certaines garanties substantielles et procédurales qui, en pratique, sont mise à mal devant les autorités administratives. Seule la méconnaissance des obligations de *compliance* de la loi vigilance n'est pas sanctionnée *per se* par un superviseur, mais relève de la compétence du juge judiciaire.

[3524] E. BAILLY, art. cit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

602. L'européanisation du maillage des superviseurs de la *compliance*. La supervision de la *compliance* est assurée par des autorités administratives dont le degré d'indépendance est variable en fonction de leur statut, mais qui assure un rôle *ex ante* qui ne peut être assuré par le juge. Ces autorités constituent un maillage tant sur le plan national qu'international en raison de la nature des buts monumentaux poursuivis par la *compliance*. Une « *européanisation des modes d'action des autorités de supervision* » est notamment constatée avec le développement d'une *compliance* européenne[3525]. Celle-ci vise à s'assurer que tous les résidents européens bénéficient du même niveau de protection du fait de l'application harmonisée de l'ensemble des pouvoirs des superviseurs.

603. La double action des superviseurs de la *compliance*. Il est de l'essence du superviseur d'être « *pragmatique et efficace* », dans un domaine où la réaction doit être immédiate afin d'être effective[3526]. Un rôle « *trois en un : le contrôle, la poursuite, la sanction* » lui est ainsi attribué pour répondre à cet objectif d'efficacité, sous réserve que la distinction organique d'instances investies de chacun des pouvoirs soit garantie[3527]. Si les pouvoirs de contrôle et de sanctions des superviseurs sont conséquents, leur efficacité semble en revanche affectée par le manque de moyens et leurs actions peuvent être contestées devant l'autorité judiciaire.

[3525] E. GABRIÉ, art. cit.

[3526] M. PUGLIESE, « L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution : pouvoirs de contrôle et garanties procédurales », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.

[3527] *Ibidem*.

CHAPITRE 2 : L'ACTION PUBLIQUE

604. La justice négociée. « *Le contrat a pu ainsi se révéler une solution utile au problème de l'action collective comme à la flexibilité nécessaire de l'action publique. Cette consécration d'un ordre juridique contractuelle est particulièrement illustrative d'une rupture avec les représentations traditionnelles de l'exercice de la puissance publique et de l'exigence nouvelle de forme d'ajustement souple, ceci n'excluant pas les rapports de force comme une reconnaissance de l'existence de relations de pouvoir comme consubstantiels à l'action publique* »[3528]. La convention judiciaire d'intérêt public est le premier instrument existant en droit pénal français permettant à une personne morale, sous certaines conditions, de négocier avec le ministère public le paiement d'une amende et la mise en place d'un programme de conformité en échange de l'extinction des poursuites, le tout sans aucune reconnaissance de culpabilité de sa part. Le pragmatisme de ce dispositif qui facilite le travail du parquet et prévient la récidive par la mise en œuvre d'un programme de conformité adéquate par les personnes mises en cause[3529], est critiqué au motif qu'il permettrait à des entreprises de payer après avoir fraudé en toute impunité[3530]. L'homologation de l'accord par le juge vise alors à garantir l'intérêt général de l'accord **(Section 1)**.

605. Le rôle du juge dans la compliance. L'action *ex ante* de la compliance se concilie difficilement avec l'action *ex post* du juge. D'aucuns diront certainement que la compliance a précisément été développée pour éviter l'intervention du juge. Pourtant ce dernier n'est pas exclu de la *compliance*, il y trouve sa place en tant que garant des droits fondamentaux **(Section 2)**.

[3528] J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio essais, 2015, p. 204.

[3529] T. AMICO, « La convention judiciaire d'intérêt public ou la compliance comme moyen de lutte contre la récidive », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 79-90.

[3530] *Ibidem*.

SECTION 1 : LA JUSTICE NEGOCIEE

606. La mise en œuvre « gagnant-gagnant » de la convention judiciaire d'intérêt public. La convention judiciaire d'intérêt public est un instrument juridique au service de l'efficacité du dispositif de traitement des affaires pénales. Cette efficacité est le fruit de la célérité de la sanction ainsi permise : la coopération de l'entreprise aux investigations abouti à une réponse pénale aux coûts, délais et aléas diminués notamment dans un contexte international et occulte des faits concernés[3531]. Cette efficacité est également le fruit de la prévention de la récidive ainsi permise par les engagements de mises en conformités imposés au contrevenant. Depuis sa création, la convention judiciaire d'intérêt public a connu un réel succès qui s'explique par l'avantage que tire la personne morale contrevenante à une telle coopération. Elle favorise, en effet, la continuité et la pérennité de l'activité économique du contrevenant en éteignant l'action publique à l'encontre de celui-ci sans générer les effets d'une condamnation judiciaire[3532]. Le contrevenant évite une exclusion des procédures de marchés publics, ne porte pas atteinte structurellement à ses capacités de financement et à la qualité de son évaluation par des tiers. La coopération du contrevenant à l'enquête atténue également le préjudice porté à sa réputation **(§1).**

607. La validation de la convention judiciaire d'intérêt public par le juge. Contrairement au système américain dans lequel le juge se contente d'un rôle minimal, le système français attribue un rôle d'importance au juge français. Ce dernier est chargé de vérifier si la convention judiciaire d'intérêt public conclue entre la société mise en cause et le parquet garantie l'intérêt général, en quel cas le juge rend une ordonnance d'homologation **(§2)**.

§1. LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC

608. La mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public. La convention judiciaire d'intérêt public peut être proposée par le Procureur de la République à toute personne morale mise en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire pour des faits de corruption ou de trafic d'influence, actifs et passifs, de fraude fiscale ainsi que pour leur blanchiment ou toute infraction connexe[3533] **(A)**. Si sa conclusion comporte de nombreux avantages pour la personne morale, comme l'extinction de l'action publique sans générer les effets d'une condamnation judiciaire, elle comporte, en contrepartie, de lourds engagements **(B)**.

[3531] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 4.

[3532] *Ibidem*, p. 5.

[3533] Article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

A. La négociation de la convention judiciaire d'intérêt public

609. La négociation de la convention judiciaire d'intérêt public. La réunion d'éléments de preuve suffisants susceptibles de caractériser les infractions couvertes par la convention judiciaire d'intérêt public conduit le procureur à apprécier au cas par cas **(1)** l'opportunité de recourir à des pourparlers informels **(2)**.

1. L'entrée en négociation

610. L'entrée en négociation. Le parquet apprécie *in concreto* si les conditions d'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public sont réunies **(a)** à l'issue d'une enquête préliminaire **(b)**.

a. Les conditions d'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public

611. Les conditions d'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public. En application des articles 41-1-2 et 180-2 du Code de procédure pénale, seul le parquet peut proposer une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale. Les lignes directrice du Parquet national financier précisent les conditions d'ouverture des négociations[3534]. Elles indiquent tout d'abord que le Parquet ne proposera pas et n'acceptera pas de convention dans les cas incluant à titre connexe des atteintes graves aux personnes. L'autre condition requise est « la bonne foi » de l'entreprise. Elle constitue désormais le principe cardinal pour que le Parquet puisse envisager d'entrer en négociations. Elle est constituée à partir d'un faisceau d'indices : est ainsi pris en compte la participation de l'entreprise aux investigations, ou à tout le moins l'absence d'obstacles mis à celles-ci, la mise en place de mesures correctives et le changement de certaines pratiques, voire une modification de l'équipe managériale. Si l'entreprise a mis en œuvre une enquête interne, le parquet sollicite sa communication qui est considérée comme une indication de la volonté de la personne morale de coopération et la qualité de conservation des preuves comme une indication de bonne foi. En entrant en négociation, il faut aussi que l'entreprise soit prête, non seulement à la transparence, notamment dans ses échanges avec le parquet et dans le texte de la convention, mais également à la restitution des profits perçus et à ne pas dénigrer les faits objets de la convention. Enfin, si la reconnaissance des faits et l'acceptation de la qualification pénale associée ne sont pas, ou ne sont plus depuis 2020, des conditions légales de mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, « *il est manifeste que le PNF tient, a minima, à un exposé précis des faits en question, exempt de*

[3534] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 9.

contestation, et valorise par ailleurs, au stade du calcul de l'amende d'intérêt public, une reconnaissance dite " non équivoque ", c'est-à-dire, probablement, sans ambiguïté »[3535].

Si, en principe, seul le parquet peut proposer une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale, en pratique, le représentant légal de la personne morale ou son avocat peuvent faire connaitre au Parquet national financier leur souhait de bénéficier de ce mécanisme transactionnel[3536]. Cette démarche s'inscrit dans la logique même de la *compliance* puisqu'au terme de l'enquête interne que mène l'entreprise dans le cadre de l'exécution de son obligation de *compliance ex ante*, des faits condamnables peuvent être exhumés. La situation est alors dangereuse pour l'entreprise : si, en principe, la prescription de la corruption est de 6 ans à compter du dernier acte commis, une tendance à repousser le point de départ du délai de prescription au jour de la découverte des faits par les autorités de poursuite rend, en pratique, les faits presque imprescriptibles [3537]. Des faits prescrits au titre de la corruption ont ainsi pu être poursuivis et réprimés sous la qualification d'abus de bien sociaux permettant de différer le point de départ au jour où l'infraction a pu être « constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »[3538]. La jurisprudence a par ailleurs étendu cette prescription extensive au trafic d'influence dès lors qu'il y a eu dissimulation[3539]. À cela s'ajoute le risque d'être poursuivi par les autorités américaines, Frédéric Pierucci faisant état de la poursuite de faits datant de dix ou quinze ans sur certains dossiers, bien au-delà donc du délai de prescription de cinq ans applicable aux États-Unis[3540]. Il apparait ainsi nécessaire que les entreprises françaises puissent épurer leur passif en se dénonçant au Parquet.

En tout état de cause, la convention judiciaire d'intérêt public constituant une alternative aux poursuites, sa proposition peut intervenir à tout moment au cours de l'information judiciaire ou au cours de l'enquête à l'initiative du parquet.

b. L'enquête préalable à l'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public

612. L'enquête préliminaire. Les membres du Parquet national financier ont indiqué, durant la visite de Phase 4 de l'OCDE, que le dispositif de la loi Sapin 2 est désormais systématiquement utilisé par le Parquet à l'issue de ses enquêtes préliminaires lorsqu'il

---

[3535] M. LARTIGUE, « Nouvelles directives du PNF sur la CJIP : des clarifications très attendues par les avocats », *Dalloz actualité*, 19 janvier 2023.

[3536] PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 9.

[3537] Code de la compliance, commentaire sous article 433-1 du Code pénal.

[3538] Cass. crim. 13 février 1989, n° 88-81.218, *RSC* 1990. 349. note P. BOUZAT.

[3539] Cass. crim. 19 mars 2008, n° 07-82.124, *AJ pénal* 2008. 319, obs. LELIEUR.; *RTD com*. 2008. 878, obs. BOULOC ; *Dr. pénal* 2008, n° 102, obs. VERON ; *RPDP* 2009. 176, obs. SEGONDS.

[3540] Audition par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de Frédéric PIERUCCI, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian du jeudi 4 mars 2021, disponible sur le site de l'Assemblée nationale.

envisage le renvoi devant la juridiction de jugement[3541]. La transaction est privilégiée par le Parquet en ce qu'elle permet de raccourcir les délais d'enquête par rapport à une information judiciaire confiée à un juge d'instruction[3542]. S'inscrivant dans la logique de l'optimisation du temps judiciaire, la fin de l'enquête préliminaire sera souvent suivie d'un règlement transactionnel. Cet objectif de réduction de la durée globale des procédures complexes risque d'être réduit à néant par l'introduction dans la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire d'une durée limitée à deux ans des enquêtes préliminaires, prolongeable une fois pour une durée maximale d'un an[3543]. Le rapport de phase 4 dénonce « un frein significatif, voire un coup d'arrêt, à la mise en œuvre de l'infraction de CAPE »[3544] voire la remise en cause de l'existence même du Parquet national financier. Cette réforme entrainerait, en effet, un « effet de substitution entre l'information judiciaire et l'enquête préliminaire » augmentant la durée globale des procédures telle qu'il n'est pas certain que le système parvienne à supporter une telle montée en charge[3545]. Il suffit de prendre en compte les chiffres communiqués à l'OCDE par le Parquet pour s'en rendre compte : sur les trente-sept enquêtes préliminaires en cours en mars 2021, près de cinquante pour cent de ces enquêtes durent depuis plus de trois ans, et un quart des affaires durent depuis plus de cinq ans[3546]. D'après l'analyse des membres du Parquet, s'il est envisageable que le Parquet adapte ses méthodes de travail à une limitation de la durée de l'enquête préliminaire à cinq ans, en revanche, une limitation à trois ans représenterait une grave remise en cause des avancées accomplies en matière de lutte contre le crime économique et financier[3547]. Loin d'accélérer le traitement des affaires, cette durée limitée ne permettrait simplement plus à ce Parquet spécialisé de traiter ces affaires complexes nécessitant la mobilisation de ressources trop peu importantes pour mettre en œuvre des moyens d'enquête réputés particulièrement chronophages notamment parce qu'ils nécessitent un recours à la coopération internationale et l'analyse de volumes d'informations considérables. La réforme parait donc « ignorer fondamentalement le manque de moyens de la justice économique et financière »[3548]. En conséquence, à moyens constants, il est à craindre qu'une majorité d'enquêtes préliminaires ne soient pas finalisées, que les affaires ne puissent être soumises au juge du siège, et doivent faire l'objet de classements sans suite beaucoup plus fréquents ou de transmissions plus nombreuses qu'aujourd'hui, et à un stade moins avancé, aux juges d'instruction, qui font eux-mêmes face à des problèmes de ressources et à un engorgement de leurs cabinets. Les progrès de la France enregistrés au cours de ces dernières années en matière de mise en œuvre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers pourraient donc être remis en cause. Cette réforme pourrait également avoir un impact négatif sur le fonctionnement

---

[3541] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, §192.

[3542] *Ibidem*, p. 72.

[3543] Article 73-3 du Code de procédure pénale créé par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (1), article 2.

[3544] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, §182.

[3545] *Ibidem*.

[3546] *Ibid*, §197.

[3547] *Ibid*, §198.

[3548] *Ibid*.

de la convention judiciaire d'intérêt public et des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité. La pression induite par la limitation de la durée des enquêtes préliminaires pourrait, en effet, affaiblir la position de négociation des procureurs en les contraignant à accepter un accord insatisfaisant plutôt que de prendre le risque d'un classement sans suite ou d'une ouverture d'information judiciaire aux perspectives de plus en plus lointaines et incertaines[3549]. « Globalement, cela pourrait ainsi remettre en cause le caractère efficace, dissuasif et proportionné des sanctions prononcées dans le cadre des CJIP et des CRPC » [3550].

613. L'information judiciaire. Le parquet peut également décider de l'ouverture d'une convention judiciaire suite à la transmission du juge d'instruction d'une information judicaire. En ce cas, et conformément à l'article 180-2 du code de procédure pénale, l'accord sur la CJIP doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de la transmission par le juge d'instruction au Parquet. Faute d'accord à l'expiration de ce délai, le procureur de la République retourne la procédure au juge d'instruction, accompagnée de réquisition aux fins de reprise de l'information.

2. Les modalités de négociation

614. L'enquête. Les pourparlers visent la réunion d'éléments de preuve suffisants susceptibles de caractériser les infractions visées par la convention puis à évaluer les avantages retirés des manquements. À cet égard, le Parquet conserve l'intégralité de ses prérogatives pendant la période de négociation, en particulier, des réquisitions, perquisitions et saisies sont susceptibles d'intervenir[3551].

L'entreprise peut être amenée à ouvrir une enquête interne suite à l'ouverture des négociations afin de coopérer avec le parquet. Lors des auditions menées par la mission d'évaluation de la loi du 9 décembre 2016, certains intervenants ont mentionné le risque de voir le dirigeant faire obstacle à l'enquête interne[3552]. Pour pallier ce risque les autorités de poursuites américaines ont la possibilité d'exiger le départ des dirigeants pour entamer les négociations, non seulement parce qu'ils savent que le dirigeant ne pouvait ignorer les faits, mais surtout pour que le dirigeant ne fasse pas obstruction à l'enquête interne de l'entreprise qui pourrait conduire à démontrer sa propre culpabilité. Lorsqu'il y a une enquête sur un problème de corruption important un conseil d'administration *ad hoc* spécial prend ainsi en main le déroulement de l'enquête et des négociations. Prenant acte de ces informations, la

[3549] *Ibid*, §200.
[3550] *Ibid*.
[3551] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 12.
[3552] Audition par la mission d'évaluation de la loi sapin 2 de Patrick LEFAS, Président de Transparency International France, du jeudi 28 janvier 2021 : « ce n'est pas systématique, il n'y a pas de cadre juridique figé » ; Audition par la mission d'évaluation de la loi sapin 2 de M. Fred EINBINDER, ancien directeur juridique d'Alstom du mercredi 10 février 2021.

proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption prévoit des dispositions permettant au Procureur de la République de demander, avec l'accord de la personne morale, la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un comité spécial, en fonction de la taille de l'entreprise, pour représenter la société dans le cadre de la négociation de la convention. Ce mandataire ou comité pourrait également conduire l'enquête interne menée au sein de la personne morale, lorsqu'une telle enquête est ouverte.

La proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption prévoit également des dispositions ayant pour objet la protection de la personne physique visée par une enquête interne, à l'exclusion des enquêtes internes diligentées par une personne morale en l'absence de toute procédure pénale[3553]. Elle crée à cet effet six nouveaux articles dans le Code de procédure pénale : l'article 706-183 qui précise que les garanties prévues sont applicables dans le cas où une personne morale est mise en cause pour un ou plusieurs délits et diligente une enquête interne portant sur les mêmes faits ; l'article 706-184 prévoit le respect d'un délai raisonnable pour convoquer une personne physique, et ouvre des droits à la personne entendue, qui doivent lui avoir été indiqués à l'occasion de la notification de la convocation ; l'article 706-185 précise que toute audition donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal, relu et signé par la personne auditionnée ; les articles 706-186 et 706-187 permettent aux personnes soupçonnées de consulter le dossier et d'être informées de la clôture de l'enquête ; l'article706-188 prévoit la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un comité spécial chargé de conduire l'enquête interne, afin de prévenir le risque de conflits d'intérêts, notamment lorsque des dirigeants ont pu participer aux faits pour lesquels la personne morale est mise en cause.

615. La confidentialité des échanges. L'article 11 du Code de procédure pénale assure la confidentialité de l'ensemble des éléments qui sont remis par l'entreprise au parquet au cours de l'enquête judiciaire. L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale garantie que ces éléments ne pourront pas se retourner contre la personne morale en cas d'échec de la procédure, le procureur ne pouvant alors faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des documents remis. Cette garantie ne s'applique pas aux documents versés à la procédure avec l'accord de la personne morale dans le temps des négociations préalables à la proposition formalisée de la convention. Elle n'affecte pas non plus la possibilité pour le Parquet de faire usage des documents et informations obtenus par des actes d'enquête judiciaire[3554].

En ce qui concerne les échanges oraux, c'est la foi du palais qui constitue la garantie de confidentialité. Cette forme de secret partagé permet seul de créer un « espace de confiance »,

---

[3553] Proposition de loi n°4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption, présentée par M. Raphaël GAUVIN, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2021.

[3554] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 12.

selon l'expression du Président Canivet. Elle implique, selon Emmanuel Daoud, « *que l'avocat inspire confiance au PNF parce que la loyauté dans la négociation c'est réciproque* »[3555].

En pratique, en cas d'échec des négociations, le juge d'instruction aura nécessairement connaissance de la volonté initiale de la personne morale mise en examen d'accepter la qualification juridique des faits proposés par le ministère public et il sera alors « *délicat, pour ne pas dire impossible* » pour cette dernière de contester les dits faits devant ce magistrat lors de la reprise de l'information judiciaire[3556].

616. La reconnaissance des faits. Si la convention judiciaire d'intérêt public n'emporte pas déclaration de culpabilité, un exposé précis des faits dans la convention doit être dressé afin, notamment de permettre au juge d'exercer son office de validation de la convention. Une reconnaissance non équivoque des faits par la personne morale, aux différents stades de l'enquête constitue une indication de coopération susceptible de justifier une minoration de l'amende, tandis qu'une contestation systématique est susceptible de conduite le parquet à renoncer à la convention[3557]. Il résulte alors de l'articles 41-1-2 du Code de procédure pénale que si la proposition de convention échoue, le Procureur de la République « met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau ».

B. Les effets de la convention judiciaire d'intérêt public

617. Les effets de la convention judiciaire d'intérêt public. La convention judiciaire d'intérêt public oblige la personne morale à un certain nombre d'engagements auprès des autorités nationales **(1)** limitant l'intrusion des autorités étrangères **(2)**.

1. Les obligations issues de la convention judiciaire d'intérêt public

618. Les obligations issues de la convention judiciaire d'intérêt public. La convention judiciaire d'intérêt public peut comporter pour la personne morale l'engagement de payer une amende d'intérêt public **(a)**, de mettre en place sous le contrôle de l'Agence française anticorruption un programme de mise en conformité **(b)** et de réparer le préjudice causé aux victimes identifiées **(c)**.

[3555] M. LARTIGUE, art. cit.

[3556] T. AMICO, art. cit. ; L. SAENKO, « Première convention judiciaire d'intérêt public : HSBC face à l'Histoire », *RTD com*. 2018. 230.

[3557] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 13.

a. L'amende d'intérêt public

619. Le calcul de l'amende d'intérêt public. Conformément à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, le montant de l'amende d'intérêt public doit être évalué de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de trente pour cent du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements. Dans ses lignes directrices, le parquet a rompu avec l'opacité qui régissait auparavant le calcul des amendes en précisant sa méthode d'évaluation des avantages directs et indirects tirés des manquements constatés, ainsi qu'une vingtaine de critères susceptibles de majorer ou de minorer son montant[3558]. Par exemple, l'amende peut être majorée de cinquante pour cent en cas de troubles graves à l'ordre public ou de récidive. À l'inverse, elle peut être minorée de cinquante pour cent en cas d'autodénonciation, ce qui dénote la volonté d'encourager de tels actes. Monsieur Emmanuel Daoud affirme qu'« *il est difficile pour les avocats d'expliquer qu'il faut aller voir le PNF pour dénoncer les faits alors que les clients ont le sentiment de se jeter dans la gueule du loup, c'est très contre-intuitif. Le fait que le PNF dise que c'est un gage de bonne foi qui sera pris en compte dans le calcul de l'amende est un message très fort lancé au monde économique et à leurs conseils* »[3559]. Les auditions de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 ont toutefois rapporté que sur ce point la convention judiciaire d'intérêt public n'a pas été à la hauteur[3560]. En ce sens, le Professeur Marie-Anne Frison-Roche propose l'introduction d'une procédure de clémence permettant à l'entreprise qui dénonce la première l'infraction et en fournit les éléments de preuve d'obtenir une immunité totale de l'amende[3561].

À titre d'exemple, la convention judiciaire d'intérêt public conclu par la société Crédit Suisse AG précise que la limite de trente pour cent du chiffre d'affaires moyen annuel de la banque suisse calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements permettait de déterminer un montant maximal d'amende à hauteur de six milliards trois-cent-soixante-dix-sept millions d'euros[3562]. Les investigations ont, en outre, permis d'établir que la somme de deux milliards d'euros avait été dissimulée à l'étranger dans les livres de comptes du Crédit Suisse, pour un profit estimé à soixante-cinq millions six-cent-

---

[3558] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 16.

[3559] M. LARTIGUE, « Nouvelles directives du PNF sur la CJIP : des clarifications très attendues par les avocats », *Dalloz actualité*, 19 janvier 2023.

[3560] Audition par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de Frédéric PIERUCCI, ancien cadre dirigeant d'Alstom, fondateur d'Ikarian, du jeudi 4 mars 2021, disponible en ligne sur le site internet de l'Assemblée nationale.

[3561] Audition par la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 de Marie-Anne FRISON-ROCHE le 18 février 2021 ; Article L. 464-2, IV du Code de commerce : « Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à une association d'entreprises qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement ».

[3562] CJIP, Société Crédit Suisse AG, 21 octobre 2022, PNF n° 16.096.000.425, §22.

mille euros. Des facteurs minorants ont toutefois été retenus, notamment la coopération de la direction de la personne morale aux investigations, l'ancienneté des faits, les mesures correctrices engagées à partir de 2013 et l'indemnisation de l'administration fiscale en qualité de victime[3563]. S'ajoute des facteurs majorants tel que la gravité des faits reprochés et leur caractère habituel, puisqu'ils ont été commis sur plusieurs années, justifiant l'infliction d'une pénalité complémentaire à hauteur de cinquante-sept millions quatre-cent-mille euros[3564]. Le total obtenu est de cent-vingt-trois millions d'euros, loin du plafond fixé à six milliards trois-cent-soixante-sept-millions d'euros. La clémence de l'amende infligée à la société Crédit Suisse AG alimente les critiques des détracteurs de la convention judiciaire estimant que « *la justice négociée profite aux entreprises les plus puissantes, car elles ont les moyens de payer des amendes élevées* »[3565]. Monsieur Jean-François Bohnert prêtant au contraire que « *le montant des amendes est élevé, souvent plus qu'en cas de comparution devant le tribunal, et constitue à ce titre une véritable sanction* »[3566]. Il s'agit, par ailleurs, pour le parquet d'encourager les révélations spontanées afin d'accélérer les procédures d'enquête et de réaliser des économies de moyens. Rappelant l'auto-dénonciation d'Airbus, qui a remis près de quatre-cent millions de documents au Parquet national financier, Monsieur Jean-François Bohnert souligne les gains de productivité pour la justice et la société dans son ensemble : la collaboration réduit les coûts d'enquête et ceux liés aux experts de l'instruction qui disparaissent du processus judiciaire[3567]. Dans cette affaire, d'ailleurs, c'est une information judiciaire qui aurait dû être ouverte en l'absence de convention judiciaire d'intérêt public et la procédure aurait pris entre dix et quinze ans[3568]. Outre son caractère dissuasif et son efficacité, cette convention introduit également un aspect pédagogique dans la sanction.

b. Le programme de mise en conformité

620. Le programme de mise en conformité. L'effet « *vertueux* » de la convention judiciaire d'intérêt public résiderait dans son caractère préventif de la commission de nouvelles infractions[3569]. Ce serait, en effet, la peine de mise en conformité instituée par la loi Sapin 2 qui justifierait véritablement le qualificatif « d'intérêt public » attaché à la nouvelle convention. Conformément à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, la convention judiciaire peut ainsi imposer l'obligation de se soumettre, pour une durée maximale de trois ans, et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité. Ce dernier est destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre, au sein de la société mise en cause, des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du Code pénal, qui

---

[3563] *Ibidem*, §24.
[3564] *Ibid*, §27.
[3565] F. METAY, « CJIP : le Parquet National Financier précise les règles de la Justice négociée à la française », 24 janvier 2023, disponible en ligne.
[3566] « Entretien avec Jean-François Bohnert, procureur de la République financier qui dirige le parquet national financier (PNF) », *Dalloz Actualité*, le 18 janvier 2023.
[3567] F. METAY, art. cit.
[3568] *Ibidem*.
[3569] T. AMICO, art. cit.

sont évidemment les mêmes que celles imposées dans le programme de *compliance*[3570]. Les lignes directrices conjointes de l'Agence française anticorruption et du Parquet national financier relatives à la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public précise que ces deux autorités examinent l'opportunité d'imposer une telle peine en tenant compte notamment : des conclusions, le cas échéant, d'un contrôle d'initiative récemment réalisé par l'Agence française anticorruption sur le fondement de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 ; de l'exécution, le cas échéant, d'une obligation de conformité anticorruption imposée par une autorité étrangère ou une institution financière internationale[3571].

Conformément à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, l'obligation ne peut excéder trois ans. Les lignes directrices PNF-AFA précisent toutefois que la convention peut prévoir une clause de réduction du délai à deux ans permettant de mettre fin à l'obligation de manière anticipée sur la base d'un rapport de l'Agence constatant l'exécution de l'intégralité des obligations[3572]. La proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption du 19 octobre 2021 propose, en revanche, d'aligner la durée maximale du programme de mise en conformité, qui peut être prononcé à l'issu de la convention, avec la durée de la peine de mise en conformité prévue aux articles 131-39-2 du Code pénal et 764-44 du Code de procédure pénale, soit cinq ans[3573].

Le Parquet national financier contrôle l'exécution du programme de mise en conformité. Il est tenu informé, au moins annuellement par l'Agence française anticorruption et la personne

---

[3570] « II. – La peine prévue au I comporte l'obligation de mettre en œuvre les mesures et procédures suivantes :

1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ;

2° Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la personne morale ;

3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la personne morale à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la personne morale exerce son activité ;

4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ;

5° Des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la personne morale, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du code de commerce ;

6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ;

7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale. »

[3571] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 19.

[3572] *Ibidem*.

[3573] Proposition de loi n°4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption, présentée par M. Raphaël GAUVIN, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2021, art. 4.

morale concernée de son exécution et des difficultés rencontrées[3574]. Contrairement aux monitorats anglo-saxons, ce n'est donc pas un tiers indépendant qui contrôle la mise en place de ce plan. Tout expert extérieur ou toute autorité qualifiée doit ainsi conclure un protocole d'accord avec l'Agence française anticorruption pour encadrer son intervention dans le cadre du monitorat[3575]. L'Agence évalue le montant maximal des frais occasionnés par son recours à des experts ou des personnes qualifiées sur la base des informations reçues par l'entreprise[3576]. L'estimation repose sur le nombre d'heures nécessaires au contrôle du programme, tenant compte, notamment, de son contenu et de sa durée ; de l'existence de mesures déjà en place ; des caractéristiques propres à la personne morale susceptible d'affecter le contrôle tel que le profil de risque, le nombre de filiales, la nature des clients, etc[3577]. La personne morale s'engage à consigner le montant des frais d'expertise sur le compte du contrôleur budgétaire et comptable ministériel dans un délai déterminé par l'Agence. Le défaut de paiement peut constituer une cause d'inexécution de la convention.

En cas d'inexécution de la convention, l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, complété par les articles R. 15-33-60-9 et R. 15-33-60-10 du même code, prévoie la reprise des poursuites par le parquet. Dans ce cas précis, le parquet sera autorisé à évoquer devant la juridiction d'instruction de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la société au cours de la phase de négociations de la convention judiciaire d'intérêt public, comme un rapport d'enquête interne accablant. Le contrôle de l'agence française anticorruption et le risque pour la société en cas de manquement à ses obligations devrait garantir une application rigoureuse des mesures préconisées par le ministère public dans le cadre de la convention et en faire « *un outil de lutte contre la récidive redoutablement efficace* »[3578]. La convention judiciaire n'est donc pas un outil purement répressif, mais constitue également une opportunité pour les sociétés concernées de mettre en œuvre un plan de conformité qui leur évitera des déboires futurs. Cela est bénéfique non seulement pour la personne morale mise en cause mais également pour l'intérêt public, car au fur et à mesure que des sociétés mettront en œuvre leurs obligations de *compliance*, la commission des infractions de corruption et d'atteinte à la probité devrait reculer[3579]. La pratique américaine en constitue une illustration : « *les sociétés sous monitorat présentent en effet un faible taux de récidive et le monitorat est l'occasion pour ces sociétés de faire évoluer les mentalités en interne qui deviendront plus conscient de l'importance de la compliance et des risques associés aux pratiques du passé* »[3580]. « *Il ne s'agit donc pas de réagir au passé, mais bien au-delà, de veiller particulièrement à ce que la personne*

[3574] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 19.

[3575] Décret n° 2017-329 relatif à l'Agence française anticorruption, 14 mars 2017, article 7.

[3576] Article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

[3577] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 19.

[3578] T. AMICO, art. cit.

[3579] *Ibidem*.

[3580] *Ibid*.

concernée et ses partenaires ne puissent (re)sombrer dans la délinquance »[3581]. Ceux-ci restent tenus de réparer le préjudice causé aux victimes, le cas échéant.

c. La réparation du préjudice causé aux victimes

621. La place de la victime dans la négociation de la convention judiciaire d'intérêt public. La justice négociée rencontre des réfractaires notamment eu égard au sort des victimes. Monsieur Jean-Philippe Foegle, chargé de plaidoyer au sein de l'organisation Sherpa, dénonce ainsi « *une justice à deux vitesses dans laquelle les entreprises achètent leur innocence pour les infractions les plus graves, sans voie de recours possible pour les victimes* »[3582]. La victime n'est pourtant pas exclue du mécanisme : « la juste indemnisation de la victime avant que ne soit proposé la conclusion d'une CJIP constitue un facteur susceptible de minorer le montant de l'amende »[3583]. À défaut d'une dédommagement préalable, l'article 41-1-2 du Code de procédure pénal indique que lorsque la victime est identifiée, « la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an ». Cette disposition laissait penser à la doctrine que la partie civile serait invitée à la table des négociations en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts dus par la personne morale mise en cause dans le cadre de la convention judiciaire[3584]. La circulaire du 31 janvier 2018 prévoit, néanmoins, que le parquet ne doit informer la victime d'une possibilité de convention que tardivement en raison de la confidentialité devant entourer le processus de négociation : « l'avis du procureur à la victime ne devra intervenir que si, aux termes d'une discussion informelle engagée avec la personne morale mise en cause, l'éventualité de la conclusion d'une CJIP est confirmée »[3585]. Une position identique est adoptée par les lignes directrices PNF-AFA qui ajoutent que « l'information donnée à la victime ne constitue pas une demande d'approbation de la proposition de CJIP »[3586]. Ces précisions témoignent du fait, qu'en réalité, la victime n'est pas formellement partie prenante dans la procédure : « *In fine*, *la CJIP aboutit à ce paradoxe que l'indemnisation de la victime soit fixée à l'issue d'une négociation à laquelle elle n'aura pas participé, et par le biais d'une convention*

[3581] G. BEAUSSONIE, « Droit pénal et compliance font-ils système ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 157-168.

[3582] F. METAY, art. cit.

[3583] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 21.

[3584] O. CLAUDE, art. cit.

[3585] Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par 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 (NOR : JUSD1802971C), § 2.1.

[3586] AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019, p. 11 : « Au terme des échanges informels engagés avec la personne morale, si l'éventualité de la conclusion d'une CJIP est confirmée, le parquet informe les victimes par l'avis prévu à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale. Cette information intervient y compris si l'entreprise établit avoir déjà intégralement indemnisé le préjudice de la victime. Dans la mesure du possible, cet avis est accompagné du projet de CJIP avec obligation pour la victime d'assurer sa confidentialité » ; v. également AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 21.

qu'elle n'aura pas approuvée, à travers une forme de stipulation pour autrui »[3587]. L'information des victimes de l'ouverture d'une telle procédure, même tardive, leur permet néanmoins de réclamer une indemnisation lors de la période de négociation. Un argument à relativiser, cependant, puisque, comme le signale l'association Sherpa, les victimes de la criminalité économique, financière ou environnementale sont souvent difficiles à identifier précisément[3588].

622. La détermination du montant de la réparation du dommage causé. L'article 41-1-2 du Code de procédure pénal exige de la partie civile qu'elle transmettre au procureur de la République « tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice ». Cette exigence indique que le législateur attend du procureur qu'il exerce une forme de contrôle sur le montant des dommages et intérêts alloués à la partie civile[3589]. Il s'agit d'une nouvelle prérogative pour le ministère public, qui ne doit normalement requérir que sur l'action publique et non sur l'action civile. De fait, le montant des demandes de la victime peut être différent de celui retenu dans la convention judiciaire d'intérêt public selon l'appréciation du parquet et l'accord de la personne morale mise en cause[3590].

Une fois la convention conclue, la victime est alors associée plus étroitement à son processus de validation, dans la mesure où elle est convoquée à l'audience de validation de la convention devant le Président du tribunal judiciaire, et où elle peut être assistée de son avocat qui est en mesure de présenter des observations. Elle pourra alors véritablement faire valoir sa position, et son éventuelle insatisfaction, quant au montant d'indemnisation retenu dans la convention[3591]. Il s'agit, toutefois, d'une curieuse position pour la victime qui, insatisfaite du montant retenu pour son indemnisation dans la convention, aura pour seule possibilité de tenter de faire échouer le complet processus de validation de cette convention sans pouvoir solliciter une indemnisation complémentaire à celle prévue, ni contester d'aucune manière la décision de validation[3592].

Si les conventions judiciaires d'intérêt public conclues et validées jusqu'à présent ne faisaient référence qu'à l'existence d'une demande indemnitaire de la victime, sans jamais préciser le montant sollicité, de sorte qu'il était impossible de déterminer l'écart éventuel entre les indemnisations sollicitées et celles obtenues[3593], la convention conclue avec AIRBUS SE le

---

[3587] B. QUENTIN et F. VOIRON, « La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ? », *AJ Pénal* 2021, p. 15.

[3588] F. METAY, art. cit.

[3589] O. CLAUDE, art. cit.

[3590] Circulaire du 31 janv. 2018, préc., § 2.1 ; AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019, p. 11 ; AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 21.

[3591] AFA-PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019, p. 11.

[3592] B. QUENTIN et F. VOIRON, art. cit.

[3593] *Ibidem*.

17 novembre 2022 introduit une telle précision. Il est ainsi rapporté que l'association ANTICOR a obtenu les vingt-cinq mille euros qu'elle entendait demander en réparation de son préjudice, de même que l'euro symbolique réclamé par l'association SHERPA en réparation de son préjudice moral[3594]. La validation de la convention ne fait toutefois pas échec au droit de la victime de recourir aux juridictions civiles.

623. Le droit de la victime de recourir aux juridictions civiles. La procédure de convention judiciaire d'intérêt public est potentiellement source d'incertitudes et de dangers pour la personne morale qui la conclut compte tenu de son absence d'autorité de chose jugée sur l'action civile. La personne morale signataire de la convention n'est donc pas en mesure de « *clore définitivement le chapitre lié aux faits délictueux en cause* »[3595]. La convention ne préserve pas d'actions indemnitaires futures, ni de la part de victimes non identifiées ni même de la part de la victime dont le préjudice aurait été réparé par la convention. C'est ainsi que, dans une affaire de corruption d'un agent d'EDF par certains prestataires, laquelle avait donné lieu à trois conventions judiciaires d'intérêt public conclues entre le parquet de Nanterre et trois sociétés[3596], le tribunal correctionnel de Nanterre a retenu, dans un jugement du 18 septembre 2019, que « la victime, en l'espèce la société EDF, n'a pas été partie à la convention judiciaire d'intérêt public, mais seulement associée à son élaboration, et invitée à fournir au procureur de la République les éléments sur son préjudice, lequel en a fixé le montant dans la convention. Si elle est appelée à se présenter à l'audience de validation, au cours de laquelle elle peut faire valoir ses observations, les sommes mises à la charge de la personne morale au titre de l'indemnisation de la victime n'ont toutefois pas été fixées à l'issue d'un débat permettant un examen et une discussion par les parties des éléments de preuve et des moyens développés dans le respect de la contradiction, au sens de l'article 16 du code de procédure civile, comme cela est le cas, à l'audience du tribunal correctionnel ; par ailleurs, la victime ne dispose d'aucune voie de recours ordinaire à l'encontre de l'ordonnance de validation de la CJIP »[3597]. L'autorité de chose jugée de l'action civile ne pouvant s'imposer à une victime dont la réparation a été décidée au terme d'un processus non contradictoire et insusceptible de tout recours de sa part, la décision apparait logique[3598].

624. Les propositions d'aménagement du rôle de la victime dans la convention judiciaire d'intérêt public. L'ambiguïté qui entoure la place de la victime a été récemment soulignée par un rapport de l'association des professionnels du contentieux économique et financier, qui relève que « *le mécanisme n'est pas satisfaisant, non plus, du point de la vue de la victime. En effet, que le montant des dommages-intérêts soit décidé d'un commun accord*

[3594] CJIP, Société AIRBUS SE, 17 novembre 2022, n° PNF 12.097.072.020 / 1.310.801.454. / 14.197.000.011, §100.

[3595] B. QUENTIN et F. VOIRON, art. cit.

[3596] Les trois CJIP avaient été conclues en 2018 entre le parquet de Nanterre et les sociétés Set Environnement, Kaeffer Wanner et Poujaud.

[3597] T. corr. Nanterre, 15e chambre, 18 septembre 2019, *D*. 2019. 2137, obs. G. POISSONNIER ; *Dalloz actualité*, 27 avril 2020, obs. E. DAOUD et H. PARTOUCHE.

[3598] B. QUENTIN et F. VOIRON, art. cit.

entre l'auteur du dommage et le procureur est évidemment contre-nature. Il est constant que le montant d'une indemnisation, soit est déterminé par un accord, auquel la victime et l'auteur (ou leurs ayants droit) sont parties, soit est tranché par un juge. Il paraît incongru que ce montant soit déterminé par un accord auquel la victime n'est pas partie, quand bien même le procureur y est parti »[3599]. Pour y remédier, ce rapport propose de transposer à la convention judiciaire le régime de la victime en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : la victime y est appelée à formuler ses prétentions indemnitaires devant le juge de l'homologation à l'instar de ce qu'elle aurait pu faire devant une juridiction correctionnelle dans le cadre d'une procédure classique de jugement. C'est au terme d'un débat contradictoire devant le juge de l'homologation que ce dernier rendra une décision et, s'il homologue la comparution, se prononcera sur l'action civile par une décision ayant pleine autorité de chose jugée. La victime sera alors en mesure de contester cette décision, au plan civil, par la voie de l'appel puis du pourvoi en cassation.

La solution ainsi suggéré par l'association des professionnels du contentieux économique et financier ne remplit pas, toutefois, l'objectif de prévisibilité de la procédure puisqu'en signant la convention dans ces conditions, la personne morale ne serait pas en mesure de déterminer le coût globalement associé à cet accord et resterait tributaire de la décision du juge de la validation[3600]. Pour mieux répondre à cet impératif tout en préservant les droits de toutes les victimes, y compris non identifiées, Maitres Quentin et Voiron proposent un régime dualiste dans lequel la victime identifiée au stade de la négociation de la convention serait conviée aux négociations avec la personne morale mise en cause[3601]. Victimes et mis en cause pourraient ainsi rechercher un accord transactionnel quant à l'action civile, lequel aurait vocation à être intégré dans une convention judiciaire d'intérêt public tripartite conclue par la personne morale à la fois avec le parquet et les victimes. Une telle convention permettrait ainsi une extinction concomitante des actions publique et civile par le biais d'un accord unique soumis au juge de la validation. À l'inverse, si la victime identifiée ne parvenait pas à un accord avec la personne morale mise en cause, la conclusion d'une convention entre le parquet et la personne morale ne mettrait alors un terme qu'à l'action publique. Dans ce schéma, la victime pourrait toujours faire valoir son préjudice devant un juge du siège, soit, à l'instar de ce qui existe en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, au stade de la validation de la convention judiciaire par le président du tribunal judiciaire, soit ultérieurement devant le juge civil, comme le prévoit d'ores et déjà le texte de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Il en serait de même pour les victimes non identifiées au stade de la convention judiciaire qui conserveraient naturellement leur droit de solliciter réparation devant le juge civil.

[3599] APCEF, La réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales, 2019, p. 55.
[3600] B. QUENTIN et F. VOIRON, art. cit.
[3601] *Ibidem*.

2. Les effets internationaux de la convention judiciaire d'intérêt public

625. La convention judiciaire d'intérêt public est un atout dans la concurrence législative internationale. La convention judiciaire d'intérêt public a également été introduite dans le paysage législatif français afin de permettre à la France de condamner les sociétés françaises et d'éviter qu'elles ne le soient par d'autres États tels que les États-Unis[3602]. Il s'agissait pour les parlementaires d'un réel enjeu de souveraineté qui indiquaient « *qu'il est hors de question de laisser perdurer une situation dans laquelle un très grand État, allié de la France, avec qui nous menons des guerres, s'octroie le droit de faire la police à la place de l'administration française, en ignorant complètement notre pays et en l'accusant même d'incurie* »[3603]. Il était donc nécessaire que la France puisse prendre sa part dans la lutte contre la corruption internationale en apparaissant comme un forum crédible et efficace. Si le principe *ne bis in idem* ne trouve pas d'application sur le plan international, les règles fédérales américaines fixent des critères pour que les poursuites soient abandonnées au profit d'une juridiction étrangères, notamment si la juridiction étrangère poursuit efficacement la société contrevenante et lui impose des sanctions d'une sévérité suffisante au regard des faits commis[3604]. C'est ainsi que dans l'affaire SMB Offshore, le *Department of Justice* a abandonné les poursuites contre la société SMB qui avait conclu un accord avec la justice néerlandaise aux termes duquel elle s'engageait à payer une amende de deux-cent-trente-huit millions de dollars[3605]. Au-delà de l'abandon des poursuites, les autorités étrangères tiennent parfois compte des amendes payées à d'autres autorités par une société pour réduire leurs prétentions à ce titre. Tel fut le cas dans l'affaire Airbus qui a donné lieu à la conclusion simultanée d'une convention judiciaire d'intérêt public en France et à des accords de suspension des poursuites au Royaume-Uni et aux Etats-Unis en janvier 2020. En l'absence de mécanisme de résolution transactionnelle en France au début de l'affaire, Airbus avait initialement effectué un signalement spontané aux autorités britanniques. Le Parquet national financier et le *Serious Fraud Office* britannique ont ensuite coopéré dans le cadre d'une équipe commune d'enquête mise en place fin janvier 2017 sous l'égide d'Eurojust. Cet accord est prévu aux articles 695-2 et 695-3 du Code de procédure pénale et vise à mettre en place une stratégie d'enquête, de faciliter le recueil des preuves et d'assurer le partage de l'information entre les deux autorités de poursuites[3606]. Un accord de coopération distinct a été signé entre le Parquet national financier et le *Department of Justice* en mars 2019 afin de partager certains éléments remis par Airbus au parquet dans des conditions visant à préserver le plus strictement possible la loi de blocage et le secret de l'enquête. La coordination des accords a abouti à une confusion des peines limitant le quantum global de l'amende en prenant en compte la sanction prononcée par

[3602] R. SCOTT et R. BEST, « Lutte contre la corruption – Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue internationale de la compliance et de l'Éthique des affaires*, juin 2019, n° 3, étude 93.

[3603] AN, XIVe législature, session ordinaire de 2015-2016, Compte-rendu intégral, deuxième séance, mardi 7 juin 2016, p. 25 à 48.

[3604] U.S Attorneys' Manuel, Principles of Federal Prosecution, chapitre 9-27.240.

[3605] DoJ, "SMB Offshore N.V. and United States-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries", Communiqué du 29 novembre 2017.

[3606] *Ibid*.

les autorités étrangères. Le *leadership* français a été reconnu par les autorités de poursuites étrangères en attribuant, lors du partage proportionnel de l'amende, une part plus importante au Parquet national français ainsi que le contrôle de l'exécution du programme de conformité anticorruption d'Airbus à l'Autorité française anticorruption.

626. Conclusion §1. La nature duale de la convention judiciaire d'intérêt public au service de la justice. La convention judiciaire d'intérêt public se révèle être un instrument à la fois répressif et pédagogique. Les précisions apportées par le Parquet national financier dans ses directives sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public contribuent à clarifier les bases de la négociation avec les magistrats et à faciliter le dialogue avec les entreprises. Le Parquet national financier donne des orientations et des indications sans s'enfermer dans des règles trop rigides afin que les parties conservent une marge de manœuvre, ainsi la convention demeure l'aboutissement d'une négociation. Ce climat propice à la coopération de la personne morale permet aux autorités de poursuite et d'enquête d'apporter une réponse pénale rapide sans disposer de tous les éléments de preuve, ce qui répond à la principale difficulté de ce type de criminalité[3607]. La concentration des pouvoirs d'enquête, de poursuite et de résolution hors procès lors des conventions judiciaires entre les mains du parquet, présente des avantages indéniables en termes de spécialisation et d'efficacité, mais implique également que les garanties d'indépendance des procureurs ne puissent être mises en doute, ne serait-ce que sur la base de l'éventualité ou de l'apparence d'une interférence du politique dans l'action publique, en contravention avec l'article 5 de la Convention de l'OCDE[3608]. La validation du juge constitue toutefois un garde-fou de la procédure.

§2. LA VALIDATION DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC

627. La validation de la convention judiciaire d'intérêt public. Suite à la signature de la convention par le Procureur de la république financier et par les représentants légaux de la personne morale concernée, le Président du tribunal est saisi par requête pour validation de la convention **(A)**. Conformément à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, le parquet conserve toute possibilité d'engager des poursuites pénales contre les personnes physiques, notamment les dirigeants de la personne morale, auteurs ou complices des infractions retenues dans la convention judiciaire d'intérêt public **(B)**.

A. L'ordonnance de validation du juge

628. Le contrôle de la convention par le juge. Le Président du tribunal est saisi par une requête à laquelle sont jointes la proposition de convention signée et la procédure d'enquête ou

[3607] B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER, A. MENNUCCI, « Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? », *Dalloz actualité*, Affaires Pénal, le 26 mars 2021.

[3608] *Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4. France*, 2021, p. 66.

d'instruction. La requête contient un exposé des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée. Le contrôle du juge vise à assurer l'intérêt public du dispositif qui fut remis en cause par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2016[3609]. Celui-ci censurait le premier projet de loi aux motifs qu'« une audience publique est certes prévu, mais elle n'intervient que pour homologuer la convention définitive. En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée ». Pour répondre à ces réserve, l'article 41–1–2 II du Code de procédure pénale dispose que « le président du tribunal procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat. A l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements ». Contrairement au système américain, dans lequel le juge se contente d'un contrôle minimal qui consiste à s'assurer que l'accord conclu ne vise pas à contourner les règles de procédures pénales ou qu'il n'est pas le résultat d'un abus de pouvoir de la part des autorités de poursuite[3610], l'homologation de la convention judiciaire d'intérêt public garantie l'intérêt général de l'accord.

Le juge doit ainsi procéder à une triple vérification : bien-fondé, régularité de la procédure et proportionnalité de l'amende. Pourtant, la pratique semble montrer que le juge français se livre à un contrôle léger : les ordonnances sont courtes et leurs motivations sont « *lapidaires* »[3611]. L'ordonnance de validation du juge ne permet pas, à ce jour, par exemple, de dégager des critères jurisprudentiels de contrôle du bien-fondé du recours à la convention judiciaire d'intérêt public. Ce critère est pourtant important puisqu'il sert à évaluer la présence d'un contre-intérêt qui, dans le cas concret, fonde la procédure et la rend légitime. En d'autres termes, ce critère justifie d'un « *intérêt public* », capable de contrebalancer la renonciation à la condamnation pénale[3612]. L'ordonnance de validation de la convention conclue par la société SWIRU HOLDING AG se contente d'énoncer, par exemple, que « les débats ont ensuite conduit le ministère public puis la société SWIRU HOLDING AG à justifier du bien-fondé du recours à cette procédure »[3613]. Le juge français ne démontre donc pas l'intérêt public dans la conclusion de l'accord[3614]. La validation par le juge de la convention conclue entre la France et HSBC alors que le Parquet national français a précisé que la banque n'a pas révélé les faits aux autorités françaises et apporté une coopération minimale aux investigations a ainsi été critiquée[3615]. Le refus manifeste de coopération opposé par la banque HSBC permettait, en

[3609] CE, avis, 24 mars 2016, req. n° 391262.
[3610] R. SCOTT et R. BEST, art. cit.
[3611] *Ibidem*.
[3612] M. GALLI, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *RSC* 2018. 359.
[3613] Aix en Provence, Ordonnance de validation d'une convention judiciaire d'intérêt public, 11 mai 2020, n° parquet 14.322.196.
[3614] M. GALLI, art. cit.
[3615] R. SCOTT et R. BEST, art. cit.

effet, de douter de l'intérêt public français de conclure une convention judiciaire avec la banque. Si les dernières conventions conclues restent flou sur les critères pris en compte pour évaluer le bien-fondé du recours à cette procédure, le juge précise tout de même dans son ordonnance de validation de la convention conclue le 17 novembre 2022 avec Airbus SE qu'il convient selon lui de valider la convention eu égard « à la reconnaissance des faits, à la coopération de la direction de la personne morale dès la phase d'enquête puis lors de la phase de négociation des conventions judiciaires d'intérêt public, à la mise en œuvre de mesures correctives ainsi qu'au respect par la société AIRBUS du monitoring prévu en 2020 »[3616]. En ce qui concerne, enfin, le contrôle de proportionnalité tel qu'exigé par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, le juge se contente de préciser que le ministère public a été en mesure de justifier le calcul du montant de l'amende et de vérifier qu'il ne dépasse pas le plafond autorisé. Un auteur auteur regrette une telle « *légèreté* » car « *il est indispensable que le juge se saisisse pleinement de l'office que lui a confié le législateur afin de garantir sécurité juridique et équilibre entre les parties dans le cadre de la conclusion des CJIP* »[3617].

Maitre Amico regrette par ailleurs que la loi n'ait pas investie le Président du tribunal du pouvoir de modifier le contenu de la convention en fonction des déclarations faites à l'audience[3618]. Le choix binaire d'accepter ou de refuser la convention telle qu'elle est présentée se comprend toutefois au sens où il s'agit d'un accord entre deux partis. En tout état de cause, cet accord n'est pas confidentiel puisqu'il fait l'objet d'une communication.

629. La communication de la convention judiciaire d'intérêt public. Si la personne morale n'encourt pas de condamnation pénale, son image n'est pas pour autant épargnée en raison de la communication dont fait l'objet la convention. Le parquet rend public la date de l'audience, son objet et l'identité de l'entreprise concernée dans les jours qui la précède. Il publie un communiqué de presse à l'issue de l'audience de validation dont le contenu est communiqué au préalable à la personne morale. Passé le délai de rétractation, la convention et l'ordonnance de validation sont publiées sur le site internet du ministère de la justice et du ministère du budget et les obligations prévues à la convention sont mises en œuvre.

630. Les effets de la validation. L'ordonnance de validation est notifiée aux représentants légaux de la personne morale et à la victime, le cas échéant. Cette notification fait courir pour la personne morale un délai de rétractation de dix jours, par lettre recommandée au Procureur de la République avec accusé de réception. En cas de rétractation, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf éléments nouveaux. Le parquet considère que constitue, par exemple, un élément nouveau, susceptible de ne pas conduire à la mise en mouvement immédiate de l'action publique, la découverte de nouveaux faits ou la

[3616] Paris, Ordonnance de validation d'une convention judiciaire d'intérêt public, le 30 novembre 2022, RG n° 91-2022.

[3617] O. CLAUDE, art. cit.

[3618] T. AMICO, art. cit.

disparition de la personne morale[3619]. En l'absence de rétractation, les obligations prévues à la convention sont mises en œuvre.

La convention n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Elle n'est donc pas inscrite au casier judiciaire de la personne morale. Les peines complémentaires suivantes encourues devant le tribunal correctionnel ne peuvent être appliquées : la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction ; l'interdiction d'exercer certaines activités ; la fermeture d'établissements ; l'exclusion des marchés publics ; l'interdiction de proposer au public ou de faire admettre des titres financiers aux négociations sur un marché réglementé. Tous ces éléments sont de nature à encourager la conclusion d'une convention par la personne morale mise en cause.

En matière d'information judiciaire, l'extinction de l'action publique est constatée par le parquet, qui en informe le juge d'instruction. Ce dernier rend alors une ordonnance de non-lieu ou de non-lieu partiel. L'exécution de la convention n'emporte extinction de l'action publique que sur les faits qu'elle décrit. Les faits de même nature non exposés dans la convention pourront donc donner lieu à l'ouverture d'une nouvelle enquête par le parquet, qu'ils soient connus ou non du management de l'entreprise à la date de la signature de la convention[3620]. À titre exceptionnel, en raison d'un comportement systémique, si tous les faits délictueux n'ont pu être précisément circonscrits au moment de la convention, celle-ci peut prévoir expressément qu'elle porte sur les faits de même nature commis sur un territoire et une période donnés découverts ultérieurement, sous réserve que ces faits n'aient pas été sciemment dissimulés au parquet par l'entreprise au cours des négociations[3621]. Le cas échéant, la convention précise que de tels faits sont rapportés au parquet dès que l'entreprise en a connaissance pour que le bénéfice de cette clause trouve à s'appliquer. Les lignes directrices conjointes AFA-PNF précisent que le bénéfice d'une telle clause est conditionné par « une coopération et une diligence exemplaire de la personne morale dans l'identification des manquements » caractérisée notamment par la remise au parquet d'un rapport détaillé d'enquête[3622]. Si la personne morale a donc tout intérêt à la coopération pleine et entière avec le parquet, qu'en est-il des personnes physiques éventuellement impliquées dans les faits ?

B. Le sort des personnes physiques

631. L'exclusion des personnes physiques de la convention judiciaire d'intérêt public. La conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public étant réservée aux personnes morales[3623], la question de la responsabilité personnelle des dirigeants est récurrente. Le

[3619] AFA-PNF, Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, p. 25.
[3620] *Ibidem*.
[3621] *Ibid*.
[3622] *Ibid*.
[3623] Article 41-1-2 du Code de procédure pénale.

dispositif de la convention judiciaire prévoit, en effet, que « les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques »[3624]. Cette disposition avait pour objet de rassurer ceux qui craignaient que la négociation de la convention permette aux dirigeants d'échapper aux poursuites[3625]. Le parquet manifeste également sa volonté d'apporter une réponse pénale à la situation des personnes physiques lorsque cela est possible : la convention n'est pas un blanc-seing au profit des dirigeants ou salariés susceptibles d'être impliqués.

Le déséquilibre entre le traitement des personnes physiques et morales ainsi créé inquiète toutefois. Le fondement de cette justice négociée est, en effet, la coopération de l'entreprise avec les autorités de poursuite afin d'identifier les manquements et y remédier par des plans élaborés à cet effet. La coopération de l'entreprise constitue, selon les lignes directrices PNF-AFA, « un préalable nécessaire à la conclusion d'une CJIP » [3626]. À cet égard, le procureur de la République prend en compte, pour décider de l'abandon des poursuites et de la conclusion d'une convention judiciaire, la révélation spontanément et, dans un délai raisonnable, les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale. Il est donc attendu de l'entreprise qu'elle « participe à la manifestation de la vérité » [3627] par la mise en œuvre d'une enquête interne, soit antérieurement à la révélation, soit au cours de l'enquête préliminaire, permettant d'identifier l'étendue des infractions commises ainsi que leurs auteurs. Dans le cas où les représentants légaux de la personne morale sont également les auteurs des faits incriminés, pourquoi risquerait-ils de voir leur responsabilité engagée en révélant les manquements découverts ou en diligentant une enquête interne efficace ? Si l'entreprise est fortement incitée à coopérer, le dirigeant ne l'est pas. En conséquence, les co-rapporteurs de la mission d'évaluation de la loi Sapin 2 se sont interrogés sur le risque que la condamnation des personnes physiques, et notamment du dirigeant, ne freine le développement de la convention judiciaire d'intérêt public pour les personnes morales et les réponses à y apporter.

632. L'alternative de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les personnes physiques. La seule réponse actuellement proposée à un dirigeant ou à un salarié, qui aurait coopéré à l'enquête et reconnu les faits, est la conclusion d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Est-ce une réponse satisfaisante ? Au contraire de la convention judiciaire d'intérêt public, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité implique la reconnaissance de la culpabilité de la personne qui en fait l'objet, créant une rupture d'égalité entre les personnes morales et physiques[3628]. Malgré ce décalage la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est présentée comme l'outil

[3624] *Ibidem*.

[3625] E. BRUNELLE, M. LACHASSAGNE, S. BRIHI, A. BOUSQUET, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », *Dalloz actualité*, affaires pénales, 23 mars 2021.

[3626] PNF-AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 27 juin 2019, p. 9.

[3627] *Ibidem*.

[3628] D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « Avis du Comité d'éthique du barreau de Paris sur l'application de la loi Sapin II », *JCP G* mai 2019, n° 20.

complémentaire de la convention judiciaire d'intérêt public pour le traitement du sort des personnes physiques en raison de sa rapidité et de sa confidentialité[3629]. La reconnaissance des faits, dans le cadre de la convention judiciaire d'intérêt public, a pour corollaire la reconnaissance par la personne physique de sa responsabilité dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. La conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public facilite la mise en place d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité bien que la loi ne prévoie pas de coordination entre les deux procédures qui résulte uniquement de la pratique et d'une appréciation au cas par cas. Le recours à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité résulte, en effet, d'un choix quasi discrétionnaire du parquet qui propose une telle procédure ou accepte d'y recourir suite à une demande de la défense, s'il l'estime « opportun »[3630]. Cette absence de coordination légale entre les deux procédures rend la situation du dirigeant délicate. L'affaire Bolloré en est une illustration.

Le 12 décembre 2018, les société Bolloré SE et Odet SE sont mises en examen des chefs de corruption d'agent public étranger et complicité d'abus de confiance pour décrocher la gestion du port de Lomé, au Togo. Une convention judiciaire d'intérêt public a été signée entre le parquet national financier et les sociétés concernées, validée le 26 février 2021 par le tribunal judiciaire de Paris. Au terme de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, les sociétés sont condamnées à payer une amande d'intérêt public calculée sur le montant putatif des bénéfices que le groupe a retiré de la concession portuaire de Lomé, minorée par le caractère ancien des faits, mais majorée par une pénalité complémentaire, justifiée par les faits de corruption d'un agent public étranger de premier rang et la coopération tardive de l'entreprise dans le cadre de la procédure pénale, soit douze millions d'euros[3631]. S'ajoute le provisionnement de quatre millions d'euros pour assumer le coût d'un programme de mise en conformité aux règles de l'Agence française anticorruption, avec un suivi pendant deux ans par cette dernière.

Le tribunal correctionnel de Paris a refusé dans le même temps d'homologuer les accords trouvés entre les prévenus personnes physiques, poursuivis dans la même affaire, et le parquet national financier, dans le cadre des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité sollicitées[3632]. En application de l'article 495-11-1 du Code de procédure pénale – qui permet au président du tribunal correctionnel de refuser d'homologuer l'accord « s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire [...] » – le président du tribunal juge les peines proposées inadaptées au regard de la gravité des faits reprochés[3633].

[3629] E. BRUNELLE, M. LACHASSAGNE, S. BRIHI, A. BOUSQUET, art. cit.

[3630] Article 495-15 al. 2 du Code de procédure pénal ; v. E. BRUNELLE, M. LACHASSAGNE, S. BRIHI, A. BOUSQUET, art. cit.

[3631] *Ibidem*.

[3632] *Ibid*.

[3633] *Ibid*.

La possibilité d'un refus d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – alors que la personne physique a déjà reconnu sa culpabilité et donné au procureur tous les éléments de preuve à son encontre dans le cadre de l'enquête interne – porte une atteinte évidente au droit de la défense de la personne physique, notamment au droit de ne pas s'auto-incriminer, protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits des droits de l'homme[3634]. Malgré les garanties procédurales prévus par l'article 495-14, alinéa 2, du Code de procédure pénale – en cas de rejet de l'homologation par le juge saisi, la déclaration de culpabilité ne peut être prise en compte par la juridiction de jugement ou d'instruction – la personne physique représentant une personne morale mise en cause a été largement incitée à révéler l'intégralité des faits susceptibles de faire l'objet de poursuites lors de la convention judiciaire d'intérêt public[3635]. Le travail en est facilité pour le procureur « *qui sait déjà quoi chercher* »[3636].

La doctrine s'est interrogée sur les motivations de cette décision qui semble traduire la volonté des magistrats de mettre un coup d'arrêt au développement de la justice négociée. La suspicion d'une telle volonté sous-jacente est appuyée par le recours pour excès de pouvoir qu'a introduit le Parquet national financier devant la chambre criminelle de la Cour de cassation pour contester l'ordonnance de validation de la convention judiciaire d'intérêt public rendue par la Présidente du tribunal judiciaire de Paris[3637].

Dans ces conditions, comment inciter des dirigeants, dont la responsabilité pénale peut, à raison de leur coopération, être plus facilement engagée, à révéler les faits délictueux pour permettre à l'entreprise de conclure une convention judiciaire, tout en évitant, par ailleurs, d'instaurer un système d'impunité à leur égard ? Plusieurs amendements ont été déposés à l'Assemblée nationale lors de l'examen du projet de loi « Parquet européen et justice pénale spécialisée » visant à imposer la conclusion d'une composition pénale avec les personnes physiques parallèlement à la convention judiciaire conclue par la personne morale[3638]. Le débat sur l'extension de la convention judiciaire aux personnes physiques représentants légaux de la personne morale mise en cause est par ailleurs relancé. L'extension permettrait aux parquets de conclure des « *accords globaux* » avec les entreprises et leurs représentants légaux impliqués dans les faits délictueux[3639]. Monsieur Jean-François Bohnert suggère une alternative, celle de limiter le contrôle du juge au respect des conditions légales et du consentement éclairé des

[3634] B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER, A. MENNUCCI, art. cit.
[3635] *Ibidem*.
[3636] Audition par la mission d'évaluation de Monsieur Franck VERDUN, préc.
[3637] A. MIGNON COLOMBET, « Quel avenir pour la convention judiciaire d'intérêt public ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires,* avril 2021, n° 2, comm. 84.
[3638] *Ibid*.
[3639] B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER, A. MENNUCCI, art. cit.

parties. Cette solution éviterait que le juge interfère sur le terrain du ministère public quant aux voies procédurales utilisées pour engager des poursuites[3640].

633. Conclusion §2. La place du juge dans la justice négociée. Le dispositif légal attaché à la convention judiciaire d'intérêt public attribue au juge « *un rôle relativement novateur* », appelé à évaluer la pertinence de la sanction en considérant les intérêts en jeu et à estimer les conséquences de l'application de la sanction pénale sur les sujets tiers[3641]. Si l'intervention du juge est apparue comme la condition *sine qua non* de l'existence de la convention, elle est dans les faits réduite à peau de chagrin. Son contrôle de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est *a contrario* jugé excessif et engendre des réflexions sur le devenir des personnes physiques impliquées dans les faits couverts par la convention judiciaire d'intérêt public. En tout état de cause, l'intervention du juge dans la justice négociée est le reflet de sa fonction principale dans la *compliance*, celle de la protection des droits fondamentaux.

[3640] P. JANUEL, « Faut-il faire évoluer la CJIP ? », *Dalloz actualité*, 12 avril 2021.
[3641] M. GALLI, art. cit.

SECTION 2 : LE ROLE DU JUGE DANS LA *COMPLIANCE*

634. Le garant des droits fondamentaux. La *compliance* « *se caractérise comme un ensemble de mécanismes qui se développent au sein des entreprises, en ex ante, ayant pour effet, voire pour objet, d'éviter le juge* »[3642]. La *compliance* est, en effet, un mécanisme préventif, dans lequel le juge ne devrait occuper qu'une place limitée : « *le juge est un personnage de l'ex post, tandis que les outils de la compliance relèvent de l'ex ante* » [3643]. Le juge trouve pourtant sa place dans ce droit en tant que garant des droits fondamentaux[3644] **(§1)**.

635. L'exception du devoir de vigilance. La mise en œuvre effective et efficace des obligations de *compliance* est confiée aux superviseurs en raison de leur nature. Il est toutefois un cas dans lequel le juge se substitue au superviseur : l'obligation de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre **(§2)**.

§1. LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX PAR L'ACTION DU JUGE

636. Le juge est le garant des droits fondamentaux. Les développements précédents ont mis en lumière l'intervention du juge en tant que garant des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des outils de la *compliance* **(A)** et dans la mission du régulateur **(B)**.

A. La garantie des droits fondamentaux par le juge dans la mise en œuvre des outils de la *compliance*

637. Le juge est le garant des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des outils de la *compliance*. Les outils de la *compliance* sont toujours *ex ante*. Destinés à la prévention du risque, leur nature semble exclure d'office l'intervention du juge. Ce dernier trouve pourtant sa place dans ce mécanisme. Il impose en effet la protection des droits humains, soit comme limite à la puissance des instruments de *compliance*, soit comme finalité de ceux-ci[3645]. Il a

[3642] M.-A. FRISON-ROCHE, « Lignes de force de l'ouvrage – La juridictionnalisation de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 1-28.

[3643] M.-A. FRISON-ROCHE, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 29-55.

[3644] P. INGALL-MONTAGNIER, « La compliance entre extra-judiciaire et émergence du juge », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Régulations & Compliance, p. 149-153.

[3645] M.-A. FRISON-ROCHE, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance », préc.

ainsi pu intervenir pour préciser les contours du pouvoir de sanction[3646] ou du pouvoir d'enquête[3647] de l'entreprise sujet de la *compliance*.

Le juge intervient également pour garantir la liberté de la concurrence en sanctionnant ses entraves par des comportements anticoncurrentiels. C'est ainsi que, par un arrêt du 27 septembre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation reconnait que le fait pour un concurrent de s'affranchir des obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme lui confère un avantage concurrentiel indu constitutif d'une faute de concurrence déloyale en raison des coûts qu'engendre le respect de ces obligations de *compliance*[3648].

Le juge européen rend également des décisions de plus en plus nombreuses, précisant les obligations qui sont au cœur de la *compliance*, ce qui enrichit la législation en la matière[3649]. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi consolidé le cadre actuel de protection des données face aux puissances étrangères par son arrêt Schrems II[3650]. L'importance du juge européen dans l'application de la loi de *compliance* se reflète également dans les préludes de l'application du *Digital Services Act*[3651]. L'entreprise allemande Zalando, inscrite par la Commission européenne sur la liste des très grandes plateformes en ligne, intente ainsi un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne afin de contester cette désignation. Les « très grandes plateformes en lignes » sont celles qui présentent un « risque systémique (…) [et] peuvent produire des effets disproportionnés dans l'Union »[3652] justifiant une charge d'obligation plus importante que les plateformes plus petites. Il s'agit d'après le règlement des plateformes qui « ont un nombre mensuel moyen de destinataires actifs du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions », représentant dix pour cent de la population de l'Union[3653]. La désignation n'est toutefois pas automatique et procède d'une décision de la Commission[3654] publiée le 25 avril 2023. C'est cette décision que Zalando entend contester devant la Cour de justice de l'Union européenne. D'abord en raison des conséquences négatives qu'elle porterait à son image, les géants du numérique étant « considérés comme de mauvais acteurs » selon son directeur général[3655]. Ensuite l'entreprise dénonce une inégalité de traitement eu égard aux critères de qualification retenus par la Commission. Celle-ci aurait ainsi pris en considération

---

[3646] v. *supra* pt. 403.

[3647] v. *supra* pt. 494 et sv.

[3648] Cass. com. 27 sept. 2023, n° 21-21.995.

[3649] T. BONNEAU, « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 79.

[3650] v. *supra* pt. 105.

[3651] Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

[3652] *Ibidem*, pt. 76.

[3653] *Ibid*, art. 33, § 1 et 2.

[3654] *Ibid*, art. 33, § 1 et 4.

[3655] R. MOUTOT, « Un premier vent de défiance souffle sur le Digital Services Act : Zalando conteste sa qualification de très grande plateforme par la Commission européenne », *Dalloz Actualité*, le 17 juillet 2023.

le nombre de visiteurs du site et non pas le nombre d'utilisateurs comme elle a pu le faire pour les autres plateformes, ce qui aurait conduit Zalando à être en dessous du seuil requis pour être qualifié de « très grande plateforme ». Enfin, l'entreprise avance que la Commission a mal saisi le modèle hybride de son entreprise : plus de soixante pour cent des ventes proviennent de produits vendus directement aux acheteurs en ligne, tandis que les quarante pour cent restants proviennent d'autres vendeurs par l'intermédiaire du site Zalando. La procédure devant le Tribunal de l'Union européenne n'étant pas suspensive, et les délais pour obtenir une décision pouvant aller jusque deux ans, Zalando devra, entre-temps, se soumettre aux obligations issues du *Digital Services Act* qui entre en vigueur le 25 août 2023 pour les très grandes plateformes[3656].

B. La garantie des droits fondamentaux par le juge dans la mission du régulateur

638. Le juge est le garant des droits fondamentaux dans la mission du régulateur. Les obligations de *compliance* sont sanctionnées par le régulateur. Le juge trouve pourtant sa place dans ce contrôle. Il intervient ainsi à l'appui des régulateurs en sanctionnant les sujets de la *compliance* qui entraverait le contrôle du régulateur[3657]. Il intervient également en contrôle de l'action des régulateurs, garantissant le droit au procès équitable[3658], et constitue un « *refuge contre la rigueur des sanctions prononcées par les régulateurs* »[3659].

La question du contrôle juridictionnel de l'action des régulateurs prend aujourd'hui de l'ampleur devant les juridictions européennes, notamment dans le cadre de la mise en œuvre de l'Union bancaire. Les pouvoirs qui ont été confiés aux autorités européennes dans ce contexte ont donné naissance à un abondant contentieux visant à contester le « *droit souple* » qui en émane[3660]. Depuis l'arrêt Grimaldi, la Cour de justice admet qu'un acte, même non contraignant, puisse faire l'objet d'un recours par voie de question préjudicielle[3661]. En pratique, la contestation n'est pas toujours possible puisqu'elle suppose que la validité de la norme issue d'actes européens soit directement en cause devant une juridiction nationale[3662]. Tel est le cas

---

[3656] Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), article 92.

[3657] v. *supra* pt. 586.

[3658] v. *supra* pt. 595 et sv.

[3659] O. DOUVRELEUR, « Compliance et juge du droit », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 465-471.

[3660] J. MOREL-MAROGER, « La réception des normes de la compliance par les juges de l'Union européenne », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 443-464.

[3661] CJCE, 13 décembre 1989, Grimaldi, aff. C-322/88, Rec. CJCE 4407, pt 13 ; *AJDA* 1990. 281, chron. T. DEBARD et C. ALIBERT.

[3662] F. RAYNAUD, « Le juge administratif et la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 473-478.

de l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2021[3663] saisie par le biais d'une question préjudicielle par le Conseil d'État relativement à une contestation pour excès de pouvoir d'un avis de l'ACPR déclaré conforme par son auteur aux orientations de l'Autorité bancaire européenne[3664]. L'intensité du contrôle exercé par la Cour de justice à l'occasion de ces recours soulève certaines interrogations[3665]. Le contrôle ainsi exercé dans l'arrêt précité a par exemple été jugé particulièrement « *souple* » par les commentateurs de la décision[3666].

Les décisions du juge européen ont également pu préciser l'étendue de l'obligation des superviseurs et, notamment dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, le secret professionnel auquel sont soumises les autorités nationales. Ce n'est pas moins de trois décisions qui ont ainsi été rendues en 2018 sur cette question, rappelant l'objectif du secret imposé : protéger les entreprises, mais également le fonctionnement normal du marché[3667].

Le juge européen connaît également des actions en recours en annulation des décisions rendues par les régulateurs européens sur le fondement de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[3668]. C'est notamment le cas en matière bancaire des sanctions prononcées par la Banque centrale européenne[3669].

639. Conclusion §1. L'intervention croissante du juge européen. Malgré la nature *ex ante* de la *compliance*, le juge y trouve sa place en tant que garant des droits fondamentaux. À cet égard, l'intervention du juge européen est croissante corrélativement au développement de la *compliance* dans le droit de l'Union européenne. Celui-ci pourrait d'ailleurs renforcer le droit français notamment par l'adoption prochaine d'une directive européenne relative au devoir de vigilance substituant le contrôle du plan de vigilance par le juge, qui se révèle déceptif, par le contrôle d'une nouvelle autorité de régulation.

[3663] CJUE, 15 juillet 2021, FBF c/ ACPR, aff. C-911/19, *Banque et Dr*. septembre 2021, note J. MOREL-MAROGER ; *RDBF* 2021, comm. 122, note T. SAMIN et S. TORCK ; *D*. 2021. 1956, note A.-C. ROUAUD ; D. 2021. 1890, obs. H. SYNVET.

[3664] CE, 9e et 10e chambres réunies, 4 décembre 2019, n°415550, *BJB* 2020, n°11, p. 19, note Th. BONNEAU ; *RDBF* 2020, comm. 13, note M. GILLOUARD et A. GOURIO.

[3665] J. MOREL-MAROGER, art. cit.

[3666] *Ibidem*.

[3667] T. BONNEAU, art. cit. ; CJUE, Enzo Buccioni C/ Banca d'Italia, 13 septembre 2018, C-594/16 ; CJUE, UBS Europe SE et Alain Hondequin c/ DV, 13 septembre 2018, C-358/16.

[3668] J. MOREL-MAROGER, art. cit.

[3669] « Premiers contrôles juridictionnels des décisions de la BCE infligeant des sanctions pécuniaires en tant que superviseur bancaire », note sous TUE, 8 juillet 2020, Crédit Agricole SA c/ BCE, aff. T-576/16 ; Crédit agricole Corporate et Investment Bank c/ BCE, aff. T-577/18 ; CA Consumer Finance c/ BCE, aff. T-578/18 ; VQ c/ BCE, aff. T-203/18, *Banque et Dr*. septembre-octobre 2020, n° 193, note J. MOREL-MAROGER.

§2. LA SUBSTITUTION DU JUGE AU SUPERVISEUR DANS LE DEVOIR DE VIGILANCE DES SOCIETES MERES ET DONNEUSES D'ORDRE

640. La compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris dans le contrôle de la mise en œuvre des obligations de la loi vigilance. Le devoir de vigilance est la seule obligation de *compliance* qui n'est pas sanctionnée, *ex ante* par le régulateur. La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres prévoit ainsi une procédure d'injonction par le juge compétent pour contrôler le respect du devoir de vigilance, après mise en demeure demeurée infructueuse. Le tribunal judiciaire de Paris s'est ainsi vu confier une compétence exclusive en la matière[3670] et la cour d'appel de Paris s'est dotée, au sein de son pôle économique, d'une chambre dédiée aux contentieux émergents et notamment des litiges sur le devoir de vigilance et la responsabilité écologique. Quelques réponses procédurales ont pu être apporté par le juge dans l'affaire Total **(A)** et, pour la première fois, une appréciation quant au fond dans l'affaire La Poste permettant d'envisager la responsabilité civile de la société donneuse d'ordre **(B)**.

A. Les conditions procédurales strictes de la saisie du juge pour manquement aux obligations de vigilance

641. L'assignation de la société Total Energies pour manquement aux obligations de vigilance. Dans l'affaire Total Energies, la société est assignée pour les lacunes de son plan de vigilance en matière climatique à raison du développement de deux projets pétroliers EACOP/Tilenga menés en Ouganda et en Tanzanie par l'intermédiaire de filiales du groupe français, les sociétés EACOP Limited et TotalEnergies EP Uganda, opérant en partenariat avec la société chinoise CNOOC. Six associations décidèrent d'assigner la société TotalEnergies devant le tribunal judiciaire de Nanterre qui a déclaré son incompétence avant que l'affaire ne soit transmise à la juridiction des référés du tribunal judiciaire de Paris au printemps 2022. En substance, les associations demanderesses demandaient, à titre principal, au juge des référés d'enjoindre à la société Total Énergies d'établir et préciser dans son plan de vigilance l'ensemble des mesures propres à prévenir les risques identifiés dans la cartographie des risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement résultant des activités des filiales de la société Total Énergies SE, et leurs sous-traitants, dans la conduite des projets Tilenga et EACOP. Elles réclamaient encore que soit établie une cartographie des risques afférents à ces projets pétroliers conformes aux prescriptions de l'article L. 225-102-4, I, 1° du Code de commerce et que fut présentée une procédure d'évaluation de la situation des filiales et leurs sous-traitants avec lesquels une relation commerciale est établie, conforme à la loi et cohérente vis-à-vis des risques identifiés. Les associations réclament également que soient présentées de manière détaillée les actions d'atténuation et de prévention des risques associés à ces projets.

[3670] Article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire, créé par l'article 34 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Elles réclament enfin que soient suspendus les travaux en cours jusqu'à ce que soit rapportée la preuve de la mise en œuvre effective de ces toutes ces mesures par TotalEnergies, ses filiales et ses prestataires locaux. Les associations demanderesses faisaient d'ailleurs état, à l'appui de leur assignation, d'un certain nombre d'atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement occasionnées par les projets que mène TotalEnergies en Ouganda et en Tanzanie, telles que l'expropriation de dix-huit-mille personnes sur place, l'atteinte à la liberté d'expression des populations, les forages de centaines de puits de pétrole, le passage d'oléoduc dans des zones naturelles censément protégées. En substance, les organisations non gouvernementales reprochaient à la société TotalEnergies non pas de ne pas avoir établi de plan de vigilance, mais de ne pas avoir satisfait au devoir de vigilance qui pèserait sur elle.

642. Les réponses procédurales apportées par l'affaire Total Energies. Pour statuer sur ce litige, le tribunal judiciaire de Paris a demandé à trois universitaires de l'éclairer sur la notion de « devoir de vigilance ». Les Professeurs Marie-Anne Frison-Roche, Jean-Baptiste Racine, et Bruno Deffains ont ainsi été sollicités pour la première application judiciaire en France de la loi vigilance. L'influence de l'audition de ces trois *amici curiae* est palpable dans la décision rendue qui entend préciser à la fois la portée de la loi du 27 mars 2017 et la place importante du dialogue avec les parties prenantes dans la mise en œuvre du devoir de vigilance, malgré la solution du juge des référés, qui consiste à déclarer irrecevables les demandes des associations[3671].

Dans un premier temps, les magistrats parisiens[3672] se sont intéressés au mécanisme de la mise en demeure instituée par le II de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Pour ce faire, ils ont commencé par rappeler que le devoir de vigilance qui pèse sur certaines entreprises rattachées territorialement à la France s'incarne dans la rédaction d'un plan. Ce dernier est composé de cinq rubriques qui, faute de dispositions décrétales, sont demeurées dans l'ordre du général sans que puisse être fixé, même par renvois à d'autres textes, le contenu précis de celles-ci[3673]. Autrement dit, les sociétés débitrices de ce plan de vigilance sont livrées à elles-mêmes dans la mise en œuvre de ce plan. S'agissant plus précisément du *modus operandi* du plan, les juges parisiens soulignent que la seule véritable consigne du législateur réside dans la volonté d'élaborer le plan selon la méthode de la co-construction visant à associer la société débitrice et les parties prenantes[3674]. L'article L. 225-102-4, I, du Code de commerce dispose, en effet, dans son alinéa 4, que : « Le plan a vocation à être élaboré en association avec les

---

[3671] A.-M. ILCHEVA, « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, le 13 avril 2023.

[3672] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 : *JurisData* n° 2023-002691 ; *JCP E* 2023, 1086, obs. J.-B. BARBIERI ; *JCP G* 2023, act. 373, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, B. PARANCE ; *Dalloz actualité*, 13 avr. 2023, obs. A-M. ILCHEVA ; *ibid*. 7 mars 2024, obs. C. HELAINE ; *D*. 2023. 975, obs. V. MONTEILLET et G. LERAY ; *JA* 2023, n° 677, p. 13, obs. X. DELPECH ; *Rev. crit. DIP* 2023. 849, note H. MUIR WATT ; *RTD com*. 2023. 369, obs. A. LECOURT.

[3673] J.-M. MOULIN, « Plan de vigilance : une décision en attendant… la directive européenne », *RDBF* mars-avril 2023, n° 2, comm. 61.

[3674] *Ibidem*.

parties prenantes de la société ». Le juge en déduit que la mise en demeure prévue à l'article L. 225-102-4, II, concrétise la « volonté du législateur d'un processus collaboratif » et « poursuit un objectif de sécurité juridique et de développement des alternatives amiables de résolution des litiges ». Par conséquent, elle « ne peut avoir pour objet que de permettre à l'entreprise de se mettre en conformité dans le cadre d'un dialogue »[3675]. Abstraction faite du cas où les manquements de la société débitrice du devoir de vigilance auront causé un préjudice appelant une réparation fondée sur une action en responsabilité extra-contractuelle, la mise en demeure se trouve élevée au rang de condition procédurale préalable à toute mesure ultérieure d'injonction à condition qu'elle soit « suffisamment ferme et précise pour permettre d'identifier les manquements imputés au plan ». Certains observateurs alertent sur cette conception restrictive de la mise en demeure qui « *pourrait potentiellement conduire à exclure les litiges du champ du procès* », ce qui ne semble avoir été ni « *l'intention* » ni « *la volonté* » du législateur[3676]. L'interprétation du juge assignerait en effet à la mise en demeure, le rôle que le législateur avait normalement assigné à l'élaboration du plan de vigilance : « *un support de dialogue, illimité dans le temps, qui cherche à " permettre " à l'entreprise de se mettre en conformité* » au lieu d'y voir une incitation pour l'entreprise à remplir ses obligations par la menace de sanction[3677]. La question de la mise en demeure n'est pas anodine puisqu'elle va motiver la décision du juge des référés constatant que, si une mise en demeure a bien été adressée à la société TotalEnergies par les ONG en 2019, cette procédure n'a pas été réitérée pour les plans suivants alors même que les critiques et les demandes des associations lors des débats devant la juridiction parisienne se sont concentrés sur les lacunes du plan établi pour l'année 2021. Cette motivation suscite la perplexité des observateurs : « *Faut-il réellement attendre des associations la répétition des mises en demeure sur chaque plan successif ? (…) L'évolution continue des plans de vigilance d'année en année implique que cette question trouve rapidement une solution, sinon le mécanisme imaginé par le législateur pourra subir des lourdeurs rendant son fonctionnement encore plus difficile qu'il ne l'est actuellement* »[3678]. Le succès de l'action pourrait ainsi se voir compromis d'avance au vu de la longueur de ces procédures : « *les pièces étant débattues contradictoirement, il semble excessif d'interdire au demandeur d'en rapporter des nouvelles, d'autant plus que le plan de vigilance du défendeur, lui, n'est pas figé : il peut être modifié sous l'impulsion des critiques tout au long de l'évolution de l'activité de l'entreprise et tout au long de l'instance. L'exigence – absente des textes ! – d'une réitération de la mise en demeure ne risque-t-elle pas de rompre l'égalité des armes ? L'entreprise pourra facilement changer de plan chaque année, puis arguer d'une " régularisation " de la situation, fût-elle marginale, pour exiger une nouvelle mise en demeure, retardant ainsi quasi indéfiniment la procédure* »[3679]. La nouvelle chambre 5-12 dédiée aux contentieux émergents de la Cour d'appel de Paris est heureusement revenue sur cette

[3675] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, préc.

[3676] A.-M. ILCHEVA, art. cit. ; v. également J.-B. BARBIERI, « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », *JCP E* 23 mars 2023, n° 121086.

[3677] A.-M. ILCHEVA, art. cit.

[3678] C. HELAINE, « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz Actualité*, 7 mars 2023.

[3679] A.-M. ILCHEVA, art. cit.

interprétation du rôle de la mise en demeure, dans un arrêt rendu le 18 juin 2024[3680], rappelant que la mise en demeure exigée par la loi constitue un préalable prescrit à peine d'irrecevabilité de l'action et qu'elle doit identifier de façon claire les manquements reprochés aux sociétés et comporter une interpellation ferme et précise afin que chaque société puisse se mettre en conformité dans le délai de trois mois. La Cour d'appel dénie, en revanche, toute obligation de négociation amiable préalable en précisant que même si en pratique la mise en demeure peut être utilisée comme un levier de dialogue avant la saisine du juge, la loi n'en fait pas un préalable à l'ouverture de négociations entre la société concernée et les parties prenantes, mais une interpellation émanant de toute partie ayant intérêt à agir et il s'ensuit que les demandes formulées dans la mise en demeure peuvent évoluer et être précisées dans l'acte introductif d'instance. Contrairement à la solution retenue par le juge de la mise en état, la mise en demeure n'a donc pas à être réitérée en cas de nouveau plan, lequel a vocation à être modifié tout au long de l'activité de l'entreprise.

Dans un second temps, et parce que la loi ouvre une option aux justiciables entre le juge des référés et celui du fonds pour délivrer l'injonction, les juges parisiens reviennent sur les pouvoirs du juge des référés. Juge de l'urgence, de l'évidence et du provisoire, les magistrats parisiens rappellent utilement que le juge des référés ne prononcera des mesures conservatoires ou de remise en l'état que s'il se trouve face à un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite. En conséquence, les juges parisiens limitent l'intervention du juge des référés en matière de plan de vigilance aux hypothèses où il « n'a pas (été) établi de plan de vigilance, ou lorsque le caractère sommaire des rubriques confine à une inexistence du plan, ou lorsqu'une illicéité manifeste est caractérisée » ; *a contrario*, il « n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de procéder à l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, lorsque cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir du seul juge du fond »[3681]. Autrement dit, les juges parisiens limitent les pouvoirs du juge des référés dans ce domaine « *au seul constat de l'évidence criante* » ; au-delà, et notamment lorsqu'il s'agira d'apprécier les mesures adoptées dans le plan, il y aura lieu de saisir la juridiction du fond[3682]. Dans la mesure où les actions fondées autour de l'article L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce nécessitent bien de s'intéresser aux outils mis en œuvre dans le cadre du plan de vigilance en pesant leur efficacité et effectivité au regard des droits humains et de l'environnement à protéger, la compétence du juge des référés tend à se réduire « *comme une peau de chagrin* »[3683]. La position adoptée par le tribunal est donc restrictive et trouve difficilement à se concilier avec l'urgence qui doit parfois présider à l'adoption de mesures conservatoires tendant à éviter la commission de dommages irréversibles, notamment en matière environnementale et de droits de l'homme[3684]. L'instrument processuel retenu par le législateur se révèle donc mal adapté aux situations qu'il

[3680] CA Paris, pôle 5, ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/14348.
[3681] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, préc.
[3682] J.-M. MOULIN, art. cit.
[3683] C. HÉLAINE, art. cit.
[3684] J.-M. MOULIN, art. cit.

se propose de solutionner ; ou, à tout le moins, il ne donnera guère satisfaction aux entités issues de la société civile qui se proposent de veiller à la bonne application du devoir de vigilance par les sociétés[3685].

Il reviendra donc au juge du fond qui sera éventuellement saisi dans l'affaire Total Energie de déterminer si les griefs reprochés à la société sont caractérisés ou, au contraire, de relever si cette dernière apporte la preuve du respect de son devoir de vigilance au regard des éléments contenus dans le plan de vigilance de la société TotalEnergies pour l'année 2021. Se pose alors, la question, tout aussi problématique, de l'étendue de ses pouvoirs, notamment en matière de cessation de l'illicite[3686].

B. La responsabilité civile de la société donneuse d'ordre

643. La responsabilité civile de la société donneuse d'ordre. L'article L. 225-102-5 du Code de commerce prévoit que le manquement aux obligations de vigilance engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. Cette action en responsabilité s'effectue dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Elle implique ainsi la démonstration d'une faute **(1)**, d'un dommage **(2)** et d'un lien de causalité **(3)**.

1. La faute

644. La faute. Il résulte de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce que la responsabilité du devoir de vigilance implique un manquement aux obligations qui en découlent. La responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre ne peut donc pas être engagée systématiquement en cas de dommage survenu au sein d'une filiale ou d'un sous-traitant, mais uniquement en cas d'absence de plan de vigilance ou de défaillance dans sa mise en œuvre, dès lors que sans cette absence ou cette défaillance, le dommage aurait pu être évité ou minimisé. La loi n'instaure donc pas un régime de responsabilité du fait d'autrui[3687].

L'absence de superviseur pour le contrôle de la mise en œuvre des obligations structurelles de la loi sur le devoir de vigilance conduira le juge à exercer lui-même le contrôle de la mise en œuvre effective et efficace des obligations structurelles de *compliance*. Il s'agit, par exemple, de l'appréciation de la précision de la cartographie des risques publiée qui doit notamment permettre « au public et aux parties prenantes de connaitre l'identification précise des risques que l'activité fait courir aux droits humains, à la santé et à la sécurité ainsi qu'à l'environnement »[3688]. Il s'agit également pour le juge d'apprécier l'adaptation des actions

[3685] *Ibidem*.
[3686] A.-M. ILCHEVA, art. cit.
[3687] Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, cons. 27.
[3688] TJ Paris, 5 décembre 2023, n° 21/15827, p. 9.

d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves en fonction des risques identifiés dans la cartographie des risques[3689]. Le juge devra déterminer au cas par cas le degré suffisant de précision de ces mesures, qui, à défaut, « ne peuvent conduire ni à une mise en œuvre concrète et effective ni à un dispositif de suivi et d'évaluation de leur efficacité » [3690], mais également le degré raisonnable de ces mesures tout en mettant en balance les intérêts protégés par la loi sur le devoir de vigilance et les autres impératifs juridiques, administratifs et matériels auxquels sont confrontées les entreprises[3691]. Autrement dit, le juge exercera un contrôle de proportionnalité de la mise en œuvre des outils de *compliance* eu égard au but fixé par le législateur, mais également à la taille de l'entreprise et à son profil de risque[3692]. Les entreprises disposent, en effet, d'une large marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations structurelles de *compliance* qui laisse une place importante à l'interprétation pour le juge. À ce titre, l'arrêt rendu par le tribunal judiciaire de Paris le 28 février 2023 souligne que « le contenu de ces mesures de vigilance demeure général, étant observé que le décret prévu par les dispositions susvisées (..) n'est pas paru à ce jour »[3693] et que « la loi ne vise directement aucun principe directeur ni aucune autre norme internationale préétablie ni ne comporte de nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance s'imposant aux entreprises concernées » ; que « le droit positif ne prévoit aucun référentiel, aucune typologie précise des droits concernés ou des mesures au sens des dispositions susvisées »[3694] ; « qu'il n'est pas davantage prévu de modus operandi de schéma directeur, d'indicateurs de suivi, d'instruments de mesure devant présider à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation par l'entreprise des mesures générales de vigilance pesant sur elle du chef des dispositions susvisées » [3695]. Les magistrats précisent également qu'« aucun organisme de contrôle indépendant, ou moniteur, ou d'indicateurs de performance ne sont davantage prévus par la loi pour évaluer ex ante le plan de vigilance adopté par l'entreprise ou pour vérifier la réalité de l'exécution de ce plan ex post, le seul contrôle prévu étant dévolu au juge qui pour opérer ce contrôle devra s'appuyer sur une notion standard "le caractère raisonnable" des mesures de vigilance contenues dans le plan de vigilance de l'entreprise, notion imprécise, floue et souple » [3696]. Ils en concluent qu'« il n'existe aucune réglementation précisant les contours du standard d'une entreprise normalement vigilante » [3697]. Le juge dispose donc d'une grande liberté pour définir et apprécier le caractère

---

[3689] *Ibidem*, p. 25.

[3690] *Ibid*.

[3691] O. CLAUDE et A. LEVY, préc.

[3692] L. RAPP, « Conformité, proportionnalité et normativité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 177-198 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Compliance, proportionnalité et évaluation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 209-224 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 245-272.

[3693] TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 et 22/53943 : *JurisData* n° 2023-002691 ; *Dalloz actualité*, 19 déc. 2023, obs. C. MICHON et A. STEVIGNON ; *D*. 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET ; *AJCT* 2024. 174, obs. P. VILLENEUVE ; *Rev. sociétés* 2024. 383, obs. G. LERAY et P. ABADIE ; *ibid.* 223. Comm. T. BONNEAU ; *RDT* 2024. 256, chron. S. VERNAC ; *RTD com*. 2024. 104, obs. A. LECOURT.

[3694] *Ibidem*, p. 18.

[3695] *Ibid*.

[3696] *Ibid*.

[3697] *Ibid*, p. 23.

raisonnable des mesures. Le pouvoir du juge, en revanche, se limite à ce « contrôle judiciaire sur l'intégration au plan de mesures concrètes, adéquates et efficaces en cohérence avec la cartographie des risques » et « ne saurait conduire le juge à se substituer à la société et aux parties prenantes pour exiger d'elles l'instauration de mesures précises et détaillées »[3698]. Le juge aurait donc la responsabilité d'effectuer un contrôle de conformité afin de réparer dommage causé par l'absence d'un plan de vigilance ou sa défaillance, sans pour autant avoir le pouvoir d'imposer des mesures concrètes.

2. Le dommage

645. Le dommage. Dès lors que le plan de vigilance vise à identifier et prévenir les « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »[3699], il est raisonnable de considérer que les préjudices pouvant résulter d'un manquement à l'obligation de vigilance doivent être de même nature et présenter, ce faisant, une certaine gravité[3700].

La loi permet de prendre en compte les risques avérés de dommages futurs. La notion de risque avéré correspond au risque « *pour lequel les connaissances scientifiques et le retour d'expérience permettent de déterminer avec certitude la probabilité d'occurrence d'un dommage* »[3701]. Ce choix du législateur illustre la fonction préventive de la responsabilité civile[3702]. Celle-ci avait déjà été admise par la Cour de cassation, jugeant par exemple que la dangerosité d'un immeuble constitue un dommage réparable[3703]. Cette fonction préventive de la responsabilité a été intégrée dans la Constitution française par la charte de l'environnement de 2005, le Conseil constitutionnel ayant jugé, en 2011[3704], « qu'il résulte des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement que chacun est tenu (...) à l'égard des atteintes à l'environnement (...) qui pourraient résulter » de son activité. Le principe de précaution[3705] a également été intégré au Code de l'environnement où il figure aujourd'hui à l'article L. 110-1. Il est également classique en doctrine de faire le lien entre principe de précaution et obligation de vigilance, le

---

[3698] TJ Paris, 5 décembre 2023, n° 21/15827, p. 27.

[3699] Article L. 225-102-4, I, al. 3 du Code de commerce.

[3700] M.-A. NICOLAS et A. BOURGIN, V° Compliance – Fasc. 10 : Compliance – Le devoir de vigilance, JurisClasseur Pénal des Affaires, 27 janvier 2023, §51.

[3701] *Ibidem*.

[3702] A. DANIS-FATOME, « La sanction de la vigilance par la responsabilité civile », *JCP E* 03 août 2023, n° 31-35, 1244.

[3703] Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-11.713 : JurisData n° 2011-008444 ; *Constr.-Urb*. 2011, comm. 113, obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE ; *D*. 2011, p. 1482 ; *RDI* 2011, p. 405, obs. P. MALINVAUD - Cass. 3e civ., 7 octobre 2009, n° 08-17.620, *Constr.-Urb*. 2009, comm. 143, obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE ; *Resp. civ. et assur*. 2009, comm. 366 ; *D*. 2010, p. 1103, chron. F. NESI ; *RDI* 2009, p. 650, obs. P. MALINVAUD - Cass. 3e civ., 17 décembre 2002, n° 01-14.179, *RDI* 2003, p. 322, obs. F.-G. TRÉBULLE ; *JCP G* 2004, I, 101, n° 5, obs. G. VINEY.

[3704] Cons. const., 8 avril 2011, M. Michel Z, n° 2011-116 QPC, JurisData n° 2011-015527 ; *D*. 2011, n° 18, p. 1258-1261, note V. REBEYROL ; *AJDA* 2011, n° 20, p. 1158-1161, obs. K. FOUCHER ; *RJE* 2011, n° 3, p. 393-399, obs. P. STEICHEN ; *JCP G* 2011, n° 43-44, p. 1956, obs. C. HUGLO ; *RFDC* 2011, n° 88, p. 823-830, obs. L. GAY ; *LPA* 2012, n° 153, p. 5-6, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *RLDA* 2011, n° 66, p. 56-57, obs. F. NESI.

[3705] v. M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, Thèse Montpellier 1, dir. J. CALAIS-AULOY, 2004.

principe de précaution ayant pour effet un « *élargissement* » de la notion de faute, source de responsabilité civile[3706]. En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 relative à la biodiversité, la fonction préventive de la responsabilité a été consacrée dans le Code civil, à l'occasion de la reconnaissance du préjudice écologique[3707].

Même futur, le dommage est à distinguer du risque suspecté défini comme un risque « *non identifié et non identifiable au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques tel qu'il se présente au moment où le risque se réalise* »[3708]. En l'occurrence, la loi sur le devoir de vigilance ne couvrirait que les risques avérés à l'égard desquels elle exige la mise en place de mesures de prévention. Les risques suspectés appelant pour leur part des mesures dites de précaution seraient quant à eux exclus du champ de la Loi.

Aux termes de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, le préjudice à réparer est celui que « l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Un tel préjudice relève nécessairement du régime de la perte de chance[3709]. À ce titre, et en ligne avec la jurisprudence en la matière[3710], l'entreprise ne saurait se voir imposer la réparation du dommage survenu dans son entièreté[3711], ce qui implique que la réparation obtenue pour les victimes sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance ne peut être que partielle au regard de l'étendue du dommage effectivement subi. Encore faut-il toutefois que la jurisprudence admette que la perte de chance, traditionnellement définie comme « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »[3712] puisse également correspondre aux chances perdues d'éviter un dommage[3713]. Il faut enfin établir un lien de causalité entre le dommage et le manquement aux obligations de vigilance.

3. Le lien de causalité

646. Le lien de causalité. Dans sa décision du 23 mars 2017, le Conseil constitutionnel considère que la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance conduit, le cas échéant, à engager la responsabilité de l'entreprise dans les conditions du droit commun français, « c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage »[3714]. Dans

---

[3706] A. DANIS-FATOME, art. cit.

[3707] Article 1252 du Code civil.

[3708] C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc*. 2017, p. 806.

[3709] *Ibidem*.

[3710] v. par exemple Cass. 2e civ., 9 avril 2009, n° 08-15.977, JurisData n°2009-047775, *LPA* 2009, n° 146, p. 18-23, obs. A. DUMERY ; *RLDC* 2009, n° 61, p. 19, J.-P. BUGNICOURT ; *LPA* 2010, n° 227, p. 12-20, chron. A. VIGNON-BARRAULT ; Cass. 1re civ., 10 avril 2013, n° 12-17.631, JurisData n°2013-006964.

[3711] A. REYGROBELLET, art. cit.

[3712] v. par exemple Cass. 1re civ., 21 novembre 2006, n° 05-15.674, JurisData n°2006-036009, *JCP G* 2007, n° 8-9, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2006, n° 51-52, chron. M.-C. ROUAULT.

[3713] N. CUZACQ, « Premier contentieux relatif à la loi " vigilance " du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D*. 2020, p. 970.

[3714] Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, cons. 27.

la mesure où la loi n'impose pas d'obligation de résultat, il est difficile, en pratique, d'établir un lien de causalité entre la qualité et l'effectivité du plan, et le dommage[3715]. En situation de pluralité des causes ayant contribué à la survenance du dommage, en effet, il pourrait être complexe « *d'apprécier l'influence causale des divers facteurs qui ont contribué à provoquer le dommage* »[3716]. Le droit français exigeant, selon une jurisprudence constante[3717], le caractère direct et certain du dommage, certaines actions pourraient difficilement aboutir. Aussi, sans assouplissement de la conception du lien de causalité, même l'utilisation de la notion de perte de chance pourrait ne pas être suffisante pour engager la responsabilité de l'entreprise[3718]. Dans ces circonstances, certains auteurs ont pu considérer que les juges pourraient être conduits à se tourner vers un mécanisme de présomption de causalité[3719]. Il pourrait également se fonder sur « *une probabilité abstraite qui utilise les statistiques* », et ceci parce qu'une imprudence a été commise par celui qui ne pouvait ignorer le risque qu'il participât à faire naître[3720]. C'est une logique que la Cour de cassation a déjà suivie dans des hypothèses où une imprudence a été la cause de dommages à des tiers[3721]. Une autre voie serait d'adopter une conception « *prospective* » de la causalité : le « *dommage ne s'étant pas encore réalisé, le juge devrait seulement vérifier que tel acte risque bien de causer tel dommage* »[3722]. En ce cas, un « *risque de cause serait considéré comme juridiquement certain à partir du moment où il est possible dans les faits, non parce qu'il est probable, mais de manière suffisante parce qu'il est plausible* »[3723]. L'obstacle principal reste toutefois la charge de la preuve pesant sur les victimes[3724].

647. Conclusion §2. L'inadéquation du contrôle des obligations de *compliance ex ante* par le juge. L'intervention tardive du juge du fond et la longueur des procédures judiciaires dénote une incompatibilité avec le contrôle des obligations de *compliance*. De même, le juge semble effrayé par la liberté accordée par le législateur dans l'application de la loi vigilance. En conséquence, six ans après l'adoption de la loi vigilance une unique décision sur le fond a pu être rendu par le juge alors que les professionnels attendent avec impatience

---

[3715] S. BRABANT et E. SAVOUREY, « Loi relative au devoir de vigilance – Des sanctions pour prévenir et réparer ? », *Rev. int. Compliance* 2017, comm. 44 ; suppl. *JCP E* 2017, n° 26 – v. également A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610 ; C. HANNOUN, art. cit.

[3716] *Ibidem*.

[3717] v. par exemple Civ. 2e, 27 octobre 1975, *Gaz. Pal*. 1976. 1. 169, note PLANCQUEEL.

[3718] J. HEINICH, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés* 2017, comm. 78.

[3719] S. BRABANT et E. SAVOUREY, art. cit. ; A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, art. cit. ; C. HANNOUN, art. cit.

[3720] F. GRUA, « La responsabilité civile de celui qui fournit un moyen de causer un dommage », *RTD civ*. 1994, p. 1 et s., spéc. n° 12.

[3721] v. par exemple Cass. 1re civ., 14 mars 1961, n° 59-10.320, Bull. civ. I, n° 164 ; Cass. 2e civ., 12 juin 1975, n° 73-12.600, *JCP G* 1976, II, 18444, note C. LARROUMET - Cass. 2e civ., 16 juillet 1976, n° 75-10.880, *JCP G* 1976, IV, 301 et 302 ; Cass. 2e civ., 15 mars 2012, n° 10-15.503, JurisData n° 2012-004183 ; Bull. civ. II, n° 46 ; Procédures 2012, comm. 181, obs. A. BUGADA ; *JCP S* 2012, 1278, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; *D.* 2012, p. 1316, note N. RIAS.

[3722] A. DANIS-FATÔME, art. cit.

[3723] *Ibidem*.

[3724] *Ibid*.

des précisions que seule la jurisprudence peut apporter sur l'application concrète du devoir de vigilance[3725]. L'instauration d'une autorité indépendante par la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance[3726] à l'instar de ce qui a été retenu en Allemagne et sur le modèle de celle qui existe en matière de lutte contre la corruption « *sera peut-être de nature à établir un autre rapport de force auxquels les pouvoirs publics ont pour l'instant renoncé laissant les associations seules face aux groupes multinationaux pour tenter de faire progresser la cause des droits de l'homme et celle de notre environnement* » [3727].

[3725] *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, préc., p. 27.

[3726] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, COM (2022) 71 final, art. 17.

[3727] J.-M. MOULIN, art. cit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

648. La coopération de l'entreprise avec les autorités de poursuite par la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public. L'intérêt de la convention judiciaire d'intérêt public est la coopération de l'entreprise mise en cause avec les autorités de poursuite en raison de la complexité et de l'opacité des faits poursuivis. Il faut donc que l'entreprise trouve un intérêt à coopérer. Cet intérêt est multi facteur : la conclusion d'une convention judiciaire évite un procès long et coûteux, dont l'issue incertaine pèse sur la confiance des actionnaires et investisseurs ; elle écarte le risque d'être exclu de procédures de marchés publics, un facteur vital pour les entreprises très dépendantes de marchés publics, comme les secteurs du bâtiment ou de l'énergie ; elle n'entache pas le casier judiciaire de l'entreprise ; la coopération est un facteur de minoration de l'amende. La loi a changé le rôle du procureur qui doit déterminer le montant de l'amende proposée à la personne morale. Une sorte de pouvoir juridictionnel lui a ainsi été conféré[3728]. Ce pouvoir est contrôlé par le juge qui reste le garant de la protection des droits fondamentaux.

649. Le juge est le garant de la protection des droits fondamentaux. Le juge intervient dans la *compliance* comme garant des droits fondamentaux, contrôlant l'action des autorités administratives dans leur fonction de surveillance de la mise en œuvre des obligations de *compliance*, et l'action des autorités de poursuites en cas de justice négociée. En revanche, le juge n'est pas apte à surveiller lui-même la mise en œuvre des obligations de *compliance* du fait de son action *ex post*. Cette inadéquation a pu être mise en évidence par son échec à se prononcer au fond chaque fois qu'il fut saisi en raison d'un manquement au devoir de vigilance.

[3728] M.-A. FRISON-ROCHE, « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 28-55.

CONCLUSION DU TITRE 2

650. La supervision de la *compliance*. La mise en œuvre effective et efficace des mécanismes de *compliance* est supervisée par des autorités administratives aux pouvoirs de contrôle et de sanction étendus. L'efficacité de leur action est renforcée par leur maillage au niveau national et supranational, témoignage de la porosité des objectifs de la *compliance* entre eux. Le rôle de ces autorités ne se limite pas, toutefois, à la répression, mais s'inscrit dans la logique de prévention qui anime la *compliance*. Ces autorités guident ainsi les sujets de la *compliance* dans la mise en œuvre des obligations structurelles de *compliance* par la publication de lignes directrices et autres documents éducatifs, et l'animation de conférences et d'ateliers techniques. Cette double action préventive et répressive *ex ante* justifie la prédilection du législateur de recourir à ces autorités plutôt qu'au juge dans la supervision de la *compliance*, bien que ce dernier n'en soit pas exclu.

651. L'intervention limitée du juge dans la *compliance*. Dans la *compliance*, le juge conserve son statut de garant des droits fondamentaux. Il exerce cette fonction en faveur de l'intérêt particulier des sujets de la *compliance*, lorsqu'il contrôle les actions répressives des superviseurs. Il l'exerce également en faveur de l'intérêt public, lorsqu'il sanctionne les tentatives d'entrave aux actions des superviseurs et lorsqu'il contrôle les conventions judiciaires d'intérêt public. Son contrôle des obligations structurelles de la *compliance* est, en revanche, inefficace. En témoigne l'unique condamnation pour manquement au devoir de vigilance depuis l'entrée en vigueur de la loi vigilance en 2017.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

652. L'imbrication des outils préventifs de la *compliance*. Les outils de la *compliance* ne doivent pas être pensés et mis en œuvre indépendamment les uns des autres, mais en corrélation les uns avec les autres. Ils s'articulent ensemble pour former un système de prévention efficace. Cette logique ne vaut pas seulement pour les outils d'une même obligation de *compliance*, elle vaut également entre les mêmes outils de différentes obligations de *compliance*. Ces dernières partagent, en effet, les mêmes outils préventifs qui doivent être mis en œuvre ensemble, de manière cohérente, dans une vision globale, en raison de la perméabilité des objectifs de *compliance*. Il existe, en effet, des rapports de causalité entre ces différents objectifs. Le Gafi souligne par exemple que « la corruption et le blanchiment d'argent sont souvent inséparables. Les infractions de corruption, telles que les pots-de-vin ou le vol de fonds publics, sont généralement commises dans le but d'obtenir des fonds illicites. Le processus de blanchiment d'argent consiste à dissimuler que ces fonds sont issus d'une activité criminelle »[3729]. Il en résulte « *une méthode d'interprétation et des niveaux de contrainte qui sont communs à tous les outils de la compliance* »[3730] et déterminés par le superviseur et le juge.

653. L'action complémentaire du superviseur et du juge. La *compliance* est un droit *ex ante* qui relève logiquement de la compétence des autorités administratives. Celles-ci précisent les obligations structurelles de *compliance*, accompagnent les sujets de la *compliance* dans l'accomplissement des objectifs de *compliance* et sanctionnent les dispositifs de *compliance* qui ne seraient pas aptes à atteindre les objectifs de *compliance*. Le juge parait devoir être exclu de ce système en raison de son action *ex post*. Il intervient pourtant en tant que garant des droits fondamentaux dans l'intérêt particulier des sujets de la *compliance* lorsqu'il contrôle les décisions des superviseurs ou dans l'intérêt général lorsqu'il contrôle la mise en œuvre des obligations structurelles de *compliance* ou la convention judiciaire d'intérêt public.

[3729] Gafi, « Corruption », disponible en ligne : https://www.fatf-gafi.org/fr/Sujets/Corruption.html #:~:text=Les%20infractions%20de%20corruption%2C%20telles,issus%20d%27une%20activité%20criminelle.

[3730] M.-A. FRISON-ROCHE, « Approche juridique des outils de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2021, p. 27-38.

CONCLUSION GENERALE

654. L'émergence d'un droit de la *compliance*. A l'issue de cette étude, il semble possible de répondre par l'affirmative à la question de l'émergence d'un droit de la *compliance* devenue une véritable discipline juridique afin de répondre aux besoins de formation des professionnels soumis au développement anarchique de législations nationales et européennes de *compliance*. Cette expansion de la *compliance*, tant législative qu'universitaire, a conduit une partie de la doctrine à envisager la *compliance* comme une branche du droit à part entière, de cette sorte que l'on nomme « droits modernes » ou « transversaux », lesquels se distinguent par leur finalité, à savoir, en ce qui concerne la *compliance*, les objectifs d'intérêts généraux que le législateur souhaite internaliser dans les acteurs économiques.

Ces acteurs peuvent être visés en raison de la nature de leur activité, soit qu'ils sont les facilitateurs de l'infraction en cause, soit qu'ils en sont les victimes. Ces acteurs peuvent également être visés en raison de leur potentiel de criminalité et de leur puissance économique. C'est, en effet, parce qu'ils sont puissants qu'ils ont une capacité importante de nuisance à l'intérêt général mais, dans le même temps, la capacité d'opérer un changement ayant une portée significative, en leur sein, mais également au sein de leurs partenaires économiques, lesquels peuvent être tenus contractuellement de respecter le code de conduite du sujet de la *compliance*. Ces derniers deviennent ainsi un vecteur d'exportation du droit et des valeurs de l'Etat hors de ses frontières créant une chaine vertueuse.

655. La *compliance* : vecteur d'exportation du droit français. Ces acteurs économiques, sujets de la *compliance*, deviennent en charge d'objectifs d'intérêts généraux à portée mondiale. La *compliance* s'attaquant aux problèmes engendrés par la globalisation, elle ne peut se limiter aux frontières étatiques. Elle ambitionne ainsi de se répandre au-delà des frontières nationales en visant les filiales étrangères des grands groupes français. Contrairement à leurs équivalentes étrangères, les lois de *compliance* françaises ne s'imposent pas, en revanche, aux sociétés étrangères, exception faite pour les filiales étrangères établies sur le sol national dépassant certains seuils. La timidité de la dimension internationale des lois de *compliance* française est parfois déplorée, notamment d'un point de vue concurrentielle puisque ces normes extrêmement contraignantes ne sont, *in fine*, appliquées qu'aux entreprises françaises prises en étaux entre les normes de leur état d'origine et celles de pays étrangers dont l'extraterritorialité est bien plus poussée.

656. Une approche binaire de la *compliance*. Ces objectifs d'intérêt généraux sont réalisés par la mise en œuvre d'obligations structurelles qui traduisent une approche juridique binaire de la *compliance* : « *l'une préventive, l'autre de contrôle et de responsabilité* »[3731]. Les acteurs économiques sont ainsi tenus d'identifier et de traiter les risques émanant de leur activité par l'établissement d'une cartographie des risques et de plan d'action.

Ils exercent également un pouvoir normatif délégué par le législateur qui les encourage, voire les contraints, à adopter des codes de conduites qui s'imposent aux salariés, d'une part. L'effectivité de ces normes dites « secondaires » repose alors sur l'adhésion de leurs destinataires qui ne peut survenir que par la diffusion d'une culture de *compliance* dans l'entreprise c'est-à-dire la formation et l'information des salariés mais également l'implication des instances dirigeantes à promouvoir ces valeurs. Ces codes de conduites peuvent également viser des tiers, notamment les clients, les fournisseurs ou tous collaborateurs présentant un risque. Il s'agit de contraindre le sujet de la *compliance* à collecter des informations, mais également à exercer son pouvoir d'influence sur ses partenaires afin de les inciter à respecter des normes de comportement qui ne leurs sont pas imposés par leurs propres législations nationales. Le sujet de la *compliance* devient ainsi le garant de la moralité de ses partenaires créant une chaine vertueuse. Le sujet de la *compliance* est tenu d'une obligation d'auto-contrôle de l'efficacité de son système de *compliance* par la mise en œuvre de procédures de contrôle interne mais également par la vigilance des salariés de l'entreprise ce qui implique la possibilité de faire remonter des informations en interne. La circulation efficace de l'information au sein de l'entreprise permet d'éviter les fuites d'information qui peuvent être délétèrent pour la réputation de l'entreprise, voire engager sa responsabilité. Le sujet de la *compliance* peut enfin être soumis à une obligation de collaboration avec les autorités publiques. Les sujets de la *compliance* disposent, en effet, d'informations nécessaires à la détection, l'instruction et la poursuite de certaines infractions, notamment internationales, que les moyens humains et matériels des pouvoirs publiques ne leur permettent pas d'obtenir. Cette obligation de collaboration, qui pèse par exemple sur les acteurs soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, devrait être étendue à l'ensemble des obligations de *compliance* et trouve son corolaire dans la possibilité de négocier une convention judiciaire d'intérêt public avec les autorités de poursuite. La dénonciation de faits répréhensibles détectés lors de l'enquête interne menée par l'entreprise se trouve en effet récompensé par l'atténuation de la peine prononcée à l'encontre de l'entreprise.

Ces obligations sont mises en œuvre de manière autonome par les sujets de la *compliance*, qui sont responsables de déterminer les conditions d'efficacité de leur système de *compliance* afin d'atteindre les objectifs d'intérêt généraux qui leurs sont imposés. Cette autonomie vise

[3731] V. MAGNIER, « Devoir de vigilance et risques climatiques », *JCP E,* 28 septembre 2023, n° 32.

ainsi à garantir une meilleure mise en œuvre de la règle de droit, laquelle s'adapte aux spécificités propres à chaque sujet. La mise en œuvre des obligations structurelles de la *compliance* est alors proportionnée à la taille de l'entreprise, sa part de marché, le niveau de concurrence auquel elle est confrontée, la diversité de ses activités, sa cartographie des risques, sa culture, sa gouvernance, les incitations auxquels sont soumis ses salariés.

657. Une harmonisation requise des obligations structurelles. Certaines obligations structurelles sont présentes dans toutes les législations actuelles de *compliance*, tel que la cartographie des risques, laquelle est le point de départ de toute procédure de *compliance* étant le fondement sur lequel sont établies les autres mesures de prévention, d'autres ne sont imposées que dans certaines législations. Il en va ainsi de l'établissement d'un plan d'action, lequel se présente pourtant comme la raison d'être de l'établissement d'une cartographie des risques puisqu'il vise à mettre en œuvre des actions adaptées aux risques identifiés et devrait donc s'imposer dans chaque législation de *compliance*. Il en va ainsi, également, de l'établissement d'un code de conduite, lequel est pourtant nécessaire à la diffusion d'une culture de *compliance* au sein de l'entreprise. S'il est vrai que certaines de ces obligations structurelles sont spécifiques à l'objet d'intérêt général poursuivi, tel que l'établissement des comptes pour la lutte contre la corruption, la majorité des obligations structurelles retrouvé dans les différentes normes de *compliance* gagneraient à se généraliser à l'ensemble des normes de *compliance* dans un soucis de cohérence entre les différentes obligations de *compliance* auquel un même opérateur peut être soumis, mais surtout eu égard à l'efficacité du système ainsi créé. Ces obligations structurelles ne sont, en effet, mises en œuvre qu'en perspective de la réalisation des objectifs d'intérêts généraux imposés par les normes de *compliance*. Les objectifs de *compliance*, pour divergents et variés qu'ils soient, trouvent leur unité dans ce que le Professeur Marie-Anne Frison Roche nomme « *la protection de la Personne* ». Cette unité doit se traduire de manière opérationnelle en raison des liens étroits et de causalité qui lient ces différents objectifs de *compliance*, obligeant à la mise en œuvre simultanée et en symbiose des obligations structurelles des différentes normes de *compliance*.

658. Un besoin accru en matière de protection des droits de la défense. S'il est vrai que la *compliance* a pour objet la protection de la personne, certains auteurs déplorent pourtant la méconnaissance de certains principes fondamentaux dans sa mise en œuvre, notamment dans le cadre des enquêtes internes qui pourraient porter atteinte aux droits de la défense. Ces enquêtes internes constituent, en effet, des outils probatoires : les informations ainsi collectées étant susceptibles de permettre à l'entreprise de prendre des décisions, voire des sanctions, d'être transférées aux autorités publiques dans le cadre de procédures sans procès tel que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et la convention judiciaire d'intérêt public, voire d'être saisies lors d'une perquisition si les autorités judiciaire estiment que le secret professionnel ne s'y oppose pas. Malgré le lien évident entre enquête interne et procédure pénale, l'enquête interne ne bénéficie pas, à ce jour, d'un encadrement législatif. Ce désert législatif pourrait s'expliquer par la difficulté d'appréhender dans notre système inquisitoire français, dans lequel les moyens d'investigation visant à découvrir les infractions et leur auteur

sont réunis entre les mains des officiers publics, la notion d'enquête interne[3732]. Il conviendrait pourtant de rechercher dans le modèle accusatoire des idées nouvelles pour encadrer l'enquête interne, tout particulièrement dans ses rapports avec les droits de la défense. Les enquêtes pénales privée américaine respectent par exemple un double impératif : garantir le respect des droits de la défense, afin que l'enquête ne devienne pas un moyen de contournement des principes auxquels sont astreint les enquêteurs officiels publics, et garantir la fiabilité des témoignages recueillis, afin de gagner la confiance de l'autorité publique et d'assurer la force probante des éléments récoltés[3733]. C'est ainsi que l'avocat de la défense a la possibilité de mener des entretiens prenant la forme de déclarations écrites et signées par le témoin et que les personnes sollicitées peuvent refuser de se présenter. A l'instar de ce que préconise le Conseil national des barreaux dans ses recommandations[3734] ou encore l'Agence française anticorruption et le Parquet national financier dans le guide publié en mars 2023[3735], il faut s'inspirer des expériences étrangères, sans pour autant les recopier servilement.

659. L'ouverture d'une action en réparation. Si les opérateurs disposent d'une marge de manœuvre quant à la mise en œuvre de ces obligations structurelles, les obligations structurelles sont impératives. Leur mise en œuvre effective et efficace est ainsi supervisée par des autorités administratives qui disposent de pouvoirs d'investigations et de sanctions.

Le coût que représente la mise en œuvre de ces procédures pour les entreprises françaises est tel que son défaut de mise en œuvre procure au contrevenant un avantage concurrentiel indu, ouvrant droit à une action en réparation pour ses concurrents[3736]. La Cour de justice de l'union européenne, a ainsi reconnu[3737] dans un arrêt du 4 juillet 2023, que la conformité ou la non-conformité aux dispositions du règlement général en matière de protection des données « peut constituer un indice important parmi les circonstances pertinentes de l'espèce pour établir si ce comportement constitue un recours à des moyens qui gouvernent une compétition normale ainsi que pour évaluer les conséquences d'une certaine pratique sur le marché ou pour les consommateur »[3738]. La Cour incite ainsi les autorités de la concurrence nationales à examiner la conformité du comportement de l'entreprise à des normes « autres que celles relevant du

[3732] B. FIORINI, « Approche doctrinale de l'enquête interne et de l'enquête pénale privée », *in* M-A. FRISON-ROCHE ET M. BOISSAVY, *Compliance et droits de la défense : enquête interne – CJIP – CRPC*, p. 63-68.

[3733] *Ibidem*.

[3734] Conseil national des barreaux, *L'avocat français et les enquêtes internes*, 12 juin 2000, en ligne.

[3735] AFA et PNF, *Les enquêtes internes anticorruption – Guide pratique*, mars 2023, en ligne.

[3736] Cass. com., 27 septembre 2023, n° 21-21.995, *Rev. sociétés* 2024. 375 obs. S. LACROIX-DE-SOUSA ; *JCPE* 2024. 10, chron. G. DECOCQ, A.-L.-H. DES YLOUSES, R. FERLA, M. DUMARÇAY, A. BALLOT-LENA ; *Droit des sociétés* 2024. 1, M. TIREL ; *JCPE* 2023. 51, L. BETTONI ; *CCC* 2023. 12, H. AUBRY ; *JCPG* 2023. 45, F. JOURDAN ET R. MAULIN ; JCPE 2023. 40.

[3737] CJUE, 4 juillet 2023, aff. C-252/21 obs. V. GIOVANNINI ; *AJDA* 2023. 1542, chron. P. BONNEVILLE, C. GANSER ET A. ILJIC ; D. 2023. 1313.

[3738] *Ibidem*, pt. 47.

droit de la concurrence, telles que les règles en matière de protection des données à caractère personnel prévues par le RGPD »[3739].

[3739] *Ibid*, pt. 48.

BIBLIOGRAPHIE

Plan :

I. Ouvrages généraux : manuels, précis et traités
II. Ouvrages spéciaux : thèses et monographies
A. Thèses
B. Monographies
III. Dictionnaires, encyclopédies et fascicules
A. Dictionnaires et encyclopédies
B. Fascicules
IV. Articles de colloques, d'ouvrage collectifs et de mélanges
V. Article de revues
VI. Rapports et études
VII. Ressources informatiques
VIII. Jurisprudences
IX. Décisions autorités administratives
X. Conventions judiciaires d'intérêt public

I. OUVRAGES GENERAUX : MANUELS, PRECIS ET TRAITES

AUBERT (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 7ème éd., 1998, 362 pages.

BARTHELEMY (J.), *Précis de droit public*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2006, 327 pages.

BERGEL (J.-L.),

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2012, 5e éd., 400 pages.
- *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2016, 2e éd., 453 pages.

BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, LGDJ, Précis-Domat, 14e éd., 2021, 896 pages.

CALAIS-AULOY (J.-C.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9e éd., 732 pages.

CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, HyperCours, 2021, 6e éd., 766 pages.

CORNU (G.), *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12e éd. 2005, 733 pages.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2018, 31e éd., 917 pages.

DECAUX (E.) et DE FROUVILLE (O.), *Droit international public*, Dalloz, HyperCours, 2016, 10e éd., 643 pages.

DEUMIER (P.), ANCEL (M.-E.), LAAZOUZI (M.), *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 2019, 2e éd., 814 pages.

DUMONT (G.) et SIRINELLI (J.), *Droit administratif*, Dalloz, HyperCours, 2021, 14e éd., 690 pages.

EL AHDAB (J.) et MAINGUY (D.), *Droit de l'arbitrage – Théorie et pratique*, Lexis Nexis, 2021, 1062 pages.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2021, 1200 pages.

FERNANDEZ (J.), *Relations internationales*, Dalloz, Précis, 2021, 3e éd., 802 pages.

GAVALDA (C.), PARLEANI (G.) et LECOURT (B.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 2015, 7e éd., 656 pages.

GAUTHIER (C.), PLATON (S.) et SZYMCZAK (D.), *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Université, 2016, 518 pages.

HAQUET (A.), *Droit constitutionnel en 11 thèmes*, Dalloz, Séquences, 2021, 3e éd., 472 pages.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et ROMAN (D.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Hypercours, 2017, 834 pages.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ Lextenso, Domat droit privé, 8e éd., 2019, n° 1502.

LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, Paris, Cairn, Repères, 2011, 128 pages.

MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, LexisNexis, Objectif droit, 2020, 8e éd., 282 pages.

MAINGUY (D.), DEPINCE (M.), CAYOT (M.), *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3e éd. 2019, 446 pages.

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, Université, 2011, 5e éd., 368 pages.

MESTRE (J.-L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2021, 23e éd., 1200 pages.

PIN (X.), *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 2021, 12e éd., 626 pages.

SAOUDI (M.), *Leçons d'introduction au droit public*, Ellipses, Leçons de droit, 2015, 334 pages.

SIRINELLI (M.) et SORIN (J.), *Questions de droit public*, Ellipses, Optimum, 2007, 379 pages.

TERRE (F.) et MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 12e édition, 2020, 720 pages.

TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis, 2018, 2140 pages.

II. OUVRAGES SPECIAUX : THESES ET MONOGRAPHIES

A. THESES

ABADIE (P.), *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Thèse Paris 1, dir. J. MORAND-DEVILLER et F. GUY TREBULLE, Bruylant, Droit & Économie, 2013, 882 pages.

BRICKER (G.), *Le droit de la génétique. À la recherche d'une branche du droit*, Thèse Paris Est, dir. G. TEBUL, L' Harmattan, 2015, 852 pages.

M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Préface P. DEUMIER, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, 598 pages.

PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse Paris 9, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, 524 pages.

SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse Paris 1, dir. J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000, 425 pages.

VILLEGAS (D.), *L'ordre mafieux – Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Préface N. MOLFESSIS, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2018, vol. 180, 678 pages.

B. MONOGRAPHIE

AMSELEK (P.), *Cheminements philosophiques, dans le monde du droit et des règles en général,* Armand Collin, Le temps des idées, 2012, 648 pages.

ARNAUD (A.-J.),

- *Critique de la raison juridique-tome 2. Gouvernants sans frontières : entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Droit et société, 2003, 433 pages.
- *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, Droit et société, 2010, 538 pages.

AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, Systèmes, 3e éd., 2020, 262 pages.

BARRAUD (B.), *Qu'est-ce que le droit ? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, Harmattan, Le droit aujourd'hui, 2017, 242 pages.

BECK (U.), *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008, 521 pages.

BERNARD (F.) et DUFOUR (N.), *Piloter la gestion des risques et le contrôle interne*, Maxima, 2019, 424 pages.

BOMMIER (S.) et RENOUARD (C.), *L'entreprise comme commun : au-delà de la RSE*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2018, 263 pages.

BORLANT-CLEMENT (S.), *État des lieux et perspectives de la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme*, Dalloz, 2021, 234 pages.

BRUNET (F.), *La pensées juridique de… Hans Kelsen*, Mare et Martin, 2019, 160 pages.

CAPRON (M.) et QUAIREL-LANOIZELEE (F.), *L'entreprise dans la société. Une question politique*, La découverte, Grands repères, 2015, 280 pages.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, Champs, 2022, 276 pages.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, Innovations, Perspectives*, Dalloz, 2016, 444 pages.

COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H-B.) et ROQUILLY (C.), *Risque juridique et conformité – Manager la compliance*, Lamy, Conformité, 2011, 286 pages.

COLLARD (C.) et ROQUILLY (C.), *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, Droit des affaires, 2010, 328 pages.

COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio. Essais, 2015, 522 pages.

COMTE-SPONVILLE (A.), *Le capitalisme est-il moral ? Sur quelques ridicules et tyrannies de notre temps*, Albin Michel, 2e éd., 2009, 256 pages.

CORDEL (F.), *Gestion des risques et contrôle interne*, Vuibert, Référence management, 2019, 304 pages.

DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?,* Odile Jacob, 1997, 304 pages.

DELMAS-MARTY (M.),

- *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Thémis, Les conférences, 2004, 24 pages.
- *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit, 3*, Seuil, Couleur des idées, 2007, 320 pages.
- *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit, 4*, Seuil, La couleur des idées, 2011, 448 pages.
- *Résister, responsabiliser, anticiper, ou comment humaniser la mondialisation*, Seuil, 2013, 208 pages.

DURAND-BARTHEZ (P.), *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Dalloz, Guides Dalloz, 3e éd., 2020, 694 pages.

FERAL-SCHUHL (C.), Cyberdroit 2020/2021, Dalloz, Praxis, 2020, 1888 pages.

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, 209 pages.

GARAPON (A.) et SERVAN-SCHREIBER (P.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, *PUF*, 2013, 208 pages.

HAYEK (F.-A.), *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique - Volume 1 : Règles et ordres*, trad. R. AUDOIN, PUF, Libre échange, 3e éd., 1992, 208 pages.

HUMIERES (P.), *La nature politique de l'entrepreneur*, Michel de Maule, 2017, 254 pages.

LAÏDI (A.), *Le droit, nouvelle arme de guerre économique, comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes sud, 2019, 336 pages.

LASCOUMES (P.) et NAGELS (C.), *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique,* Armand Colin, Collection U, 2014, 304 pages.

LEELEEA (S.) et ROQUILLY (C.), *Lutte anti-corruption-Gestion des risques et compliance*, Lamy, Conformité, 2013, 202 pages.

LEFEBVRE-DUTILLEUL (V.), *Codes de bonne conduite – Chartes éthiques – Outils de gestion des risques*, Lamy, Conformité, 2012, 320 pages.

LE TOURNEAU (Ph.), *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, 269 pages.

LEVEQUE (F.), *Les entreprises hyper-puissantes. Géants et Titans, la fin du modèle global ?*, Odile Jacob, 2021, 240 pages.

MAINGUY (D), *Droit de la « guerre atypique »*, LGDJ, 2023, 336 pages.

MARTIN-CHENUT (K.) et DE QUENAUDON (R.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité* ?, Pédone, Mutations-Métamorphoses, 2016, 384 pages.

MAYMONT (A.), *La compliance en droit bancaire et financier*, Mare & Martin, Droit privé & sciences criminelles, 2022, 274 pages.

QUERE (S.) et RAUFER (X.), *Le crime organisé*, PUF, Que sais-je ?, 2005, 128 pages.

RENOUARD (C.), *La responsabilité éthique des multinationales*, PUF, Éthique et philosophie morale, 2007, 536 pages.

RICOEUR (P.), *Lectures, tome 1 : Autour du politique*, Seuil, 1991, 416 pages.

RZEPECKI (N.), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 635 pages.

SCHICK (P.), VERA (J.) et BOURROUILH-PAREGE (O.), *Audit interne et référentiels de risques*, Dunod, 2021, 400 pages.

SUPIOT (A.), *« Homo juridicus ». Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, 336 pages.

TERRE (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, 368 pages.

THEVENET (M.), *La culture d'entreprise*, PUF, Que sais-je, n° 2756, 1993, 1ère éd., 128 pages.

TREBULLE (F.G.) et UZAN (O.), *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, Études juridiques, 2011, 530 pages.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit, t. 1, Définition et fins du droit*, Précis Dalloz, 4e éd., 1986, 340 pages.

WEBER (M.),

- *Le savant et le politique*, Union Général d'Édition, 1963, 186 pages.
- *Économie et Société*, trad. J. FREUND, Paris, Plon, 1971, 650 pages.

III. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES ET FASCICULES

A. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

CHEVRIER (E.), BOURSIER (M.-E.), FEUGERE (W.), *Le code de la compliance*, Dalloz, 2020, 2580 pages.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 14e édition, 2022, 1106 pages.

RAPP (L.) et TERNEYRE (P.), « De la conformité à la compliance dans la régulation économique », *Le lamy droit public des affaires*.

B. FASCICULES

AUBERT (B.), *Entraide judiciaire : matière pénale*, Rép. internat. Dalloz, janvier 2005.

AUBERT (J.-L.) et GAUDEMET (S.), « Engagement unilatéral de volonté », Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2018.

BARFETY (J.-B.), « Chaque entreprise a une raison d'être », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz Grand Angle, 2019, p. 95.

BERLIOZ (P.), « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 227.

BOSKOVIC (O.), *Loi applicable aux obligations non contractuelles : matière civile et commerciale*, Rép. euro. Dalloz, 2010.

BOUT (R.) et STOFFEL-MUNCK (P.), « Obligation naturelle », Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2018.

BRUNET (E.), « Règlement général sur la protection des données à caractère personnel – Genèse de la réforme et présentation globale », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 39.

CAPPELLO (A.), « Autorités administratives indépendantes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2016.

CASTETS-RENARD (C.), « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 11.

CLERC (C.), « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 28.

DEBET (A.), « Les nouveaux instruments de conformité », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 67.

DESBARATS (I.),

- « La RSE " à la française " : où en est-on ? », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 9.
- « De l'entrée de la RSE dans le code civil. Une évolution majeure ou symbolique ? (article 61 du projet de loi PACTE) », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 69.

DESGENS-PASANAU (G.), « RGPD : entre incertitudes et occasions manquées », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 15.

EYNARD (J.), « Cybersécurité », Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication, 2021.

FOREST (D.), « Les limites intrinsèques de la garantie d'" indépendance " des autorités de contrôle. Le cas de la CNIL », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 26.

GABRIE (E.), « Les pouvoirs des autorités de protection des données », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 208.

GERARD (L.), « Titre 13 – Les sanctions en cas de non-respect du RGPD : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? » *in Larcier Le règlement général sur la protection des données*, Dalloz, 2018.

LACHAUME (F.), « Violation de la règle de droit – Règle de droit d'origine administrative », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, janvier 2015, §296.

MARDINE (G.) et PAVAGEAU (P.), « Que peut-on attendre en droit du travail d'une modification de " l'objet social de l'entreprise " ? », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 48.

MAURO (C.), « Garde à vue », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2014.

MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), « Dans le prolongement de la RSE - l'objectif distinct de compliance ou conformité - définition et domaine », Le Lamy société commerciales, 132.

NICOLAS (M.-A.) et BOURGIN (A), *V° Compliance – Fasc. 10 : Compliance – Le devoir de vigilance*, JurisClasseur Pénal des Affaires, 27 janvier 2023.

SAURON (J.-L.) et QUEMENER (M.), « La régime de sanction du RGPD : quand la complétude l'emporte sur la cohérence », *in Le RGPD*, Dalloz, Grand Angle, 2018, p. 82.

ROSIER (K.) et DELFORGE (A.), « Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD », *in Larcier Le règlement général sur la protection des données*, Dalloz, 2018.

TADROS (A.), « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *in L'intérêt social dans la loi PACTE,* Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 141.

URBAIN-PARLEANI (I.), « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *in L'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 192.

VERNAC (S.), « Du bon gouvernement de l'entreprise en société », *in l'intérêt social dans la loi PACTE*, Dalloz, Grand Angle, 2019, p. 85.

IV. ARTICLES DE COLLOQUES, D'OUVRAGE COLLECTIFS ET DE MELANGES

AUBY (J.-B.), « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 101-106.

AUCOMTE (J.) et ATTIAS (O.), « Les questions soulevées par la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018.

AUDIT (M.), « Les lois extraterritoriales américaines comme facteur d'accélération de la compliance », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 45-54.

AUDREN (F.) et BARBOU DES PLACES (S.), « Éloge de la discipline. Le savoir juridique face au modèle disciplinaire », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 3 -33.

AUZERO (G.), « La distinction de l'entreprise et de la société », *in* F. LARONZE (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 19-30.

BADIE (F.), « Le syndrome d'Azincourt ou de la nécessité pour les entreprises de s'adapter au nouvel environnement international » *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, 2016, p. 15-36.

BEAUSSONIE (G.), « Droit pénal et compliance font-ils système ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 157-168.

BEAUVAIS (P.), « Méthode transactionnelle et justice pénale », *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 79-90.

BENZONI (L.) et DEFFAINS (B.), « Approche économique des outils de la compliance : finalité, mesure, effectivité de la compliance subie et choisie », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 39.

BERNS (Th.), « Si les entreprises ont une âme », *in* Th. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL (dir.), *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruylant, Penser le droit, 2007 p. 73.

BERROD (F.), « Les objectifs de la régulation et de la concurrence ou l'esthétique du double », *in* G. ECKERT et J.-P. KOVAR*, Les objectifs de la régulation économique et financière*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2017, p. 35.

BISMUTH (R.), « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : le point de vue du droit international public », *in* A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : un monde nouveau ?*, Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 37-64.

BONNEAU (T.), « Compliance et secteur bancaire et financier en Europe », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 79.

BOULON (O.), « Compliance et régulation financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », *in* BORGA (N.), MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.) (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 167.

BOURSIER (M.-E.), « Le rôle et la coordination des nouveaux acteurs : propos introductifs », *in De la conformité à la justice négociée. Actualité de la lutte anti-corruption*, Actes du colloque du 17 mai 2018, p. 20.

BOY (X.), « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *in* M. NICOD (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitol, 2015, p. 11.

BRAIBANT (G.),

- « Le principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, p. 297-306.
- « La commission supérieure de codification », *in* B. BEIGNIER, *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 81.

BRUNEAU (A.), « L'entreprise juge d'elle-même : la fonction compliance dans la banque », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 115-133.

CAPRON (M.), « La société à mission : une fausse bonne idée ? », *in* F. LARONZE, *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 107-122.

CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « les disciplines juridiques : déconstruire et reconstruire des mythes ? », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 213-217.

CHAZAL (J.-P.),

- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in* C. ALBIGES, J.-F. ARTZ, C. BADENAS, M. JUAN, *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280.
- « Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridique », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 187-209.

CHEVALIER (J.),

- « La gouvernance et le droit », *in Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 189-207.
- « Ce qui fait discipline en droit », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 47-59.

COLLARD (C.), « Management du risque juridique et performance de l'entreprise : les leçons du cas Toyota », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 249-261.

CORNU (G.), « L'élaboration du code de procédure civile », *in* B. BEIGNIER, *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 71.

CUZACQ (N.), « Le devoir de vigilance des sociétés mères et donneurs d'ordres », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, Pedone, 2016, p. 453-455.

DAIGRE (J.-J.), « Compliance, entreprise et Europe », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 61-64.

DEAKIN (S.), « Le modèle anglo-américain de l'entreprise », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières, perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, 2015, p. 187.

DE JUVIGNY (B.), « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 17-28.

DE LA COTARDIERE (A.),

- « Le rôle de l'avocat en matière de compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017, p. 117-140.
- « Construire une Europe de la Compliance lisible pour les entreprises », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 119-124.

DELFORGE (A.), « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *in* C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) – Analyse approfondie*, Larcier, Collection du CRIDS, 2018, p. 371-405.

DE PONTAVICE (V.), « Expérience de compliance : mener un audit environnement », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2018, p. 99.

DE RAVEL D'ESCLAPON (T.), « La société à mission : étude de droit positif à la lumière de la loi pacte », *in* F. LARONZE (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, 2021, p. 123-143.

DEUMIER (P.),

- « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *in Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 338.
- « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 671-696.
- « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *in Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII/ Boulogne- sur- Mer, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Association Henri Capitant, 2009, p. 122.

DIRRINGER (J.), « L'accord-cadre transnational, outil de structuration de l'entreprise transnational et de sa sphère d'influence », *Énergie - Environnement – Infrastructures*, octobre 2018, n° 10, dossier 38.

DONNEDIEU DE VABRES (L.), « Pas de compliance sans confiance », *in* M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 107.

DOUVRELEUR (O.),

- « Les objectifs de la régulation et le contrôle du juge judiciaire », *in* G. ECKERT, J.-P. KOVAR (dir.), *Les objectifs de la régulation économique et financière*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2017, p. 257.
- « Compliance et juge du droit », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 465-471.

DUCHAINE (C.), « L'agence française anticorruption, à l'appui de l'Europe de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Pour une Europe de la compliance, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 97.

FASTERLING (B.), « Compliance – Vers une formalisation », *in* C. ROQUILLY, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 321-327.

FIORINI (B.), « Approche doctrinale de l'enquête interne et de l'enquête pénale privée », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et M. BOISSAVY (dir.), Compliance et droits de la défense : enquête interne – CJIP – CRPC, p. 63-68.

FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Économica, 2012, p. 86.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Compliance et confiance », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre, Autour du droit bancaire et financier*, Joly éditions, Lextenso, décembre 2017, p. 279-290.
- « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 1-12.
- « Compliance : avant, maintenant et après », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 23-36.
- « Le maniement de la propriété intellectuelle comme outil de régulation et de compliance », *in* M. VIVANT (dir.), *Les Grands Arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Grands arrêts, 3e éd., 2019, p. 43-53.
- « 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, Thèmes & commentaires, 2019, p. 13.
- « Décrire, concevoir et corréler les outils de la compliance, pour en faire un usage adéquat », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 3.
- « La formation : contenu et contenant de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021, p. 227-243.
- « Les buts monumentaux, cœur battant du droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 21-44.
- « Lignes de force de l'ouvrage – La juridictionnalisation de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 1-28.
- « Conforter le rôle du juge et de l'avocat pour imposer la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 29-55.
- « 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*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2023, p. 409-442.
- « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 245-272.

FRYDMAN (B.), « Comment penser le droit global ? » *in* B. FRYDMAN et J.-Y. CHEROT (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 17-48.

GAUDEMET (A.), « Conclusions », *in* J.-C. RODA, N. BORGA et J.-C. MARIN (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 251-259.

GRANIER (C.),

- « Dirigeants, associés et compliance », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 227-234.
- « L'originalité normative de la compliance by design », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 267.
- « Réflexions sur l'existence d'une jurisprudence d'entreprise », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 81-97.

GUILLAUME (N.), « Cartographie des risques de compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2021, p. 63.

GUTIERREZ-CRESPIN (A.), « L'audit du dispositif de compliance : un outil clé pour en vérifier la robustesse », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, p. 133-140.

HENRY DE FRAHAN (A.), « Homo legalus et la culture d'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 135-147.

INGALL-MONTAGNIER (P.), « La compliance entre extra-judiciaire et émergence du juge », *in* N. BORGA, MARIN (J.-C.), RODA (J.-C.) (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 149.

LAMBRECHT (P.), « Droit, performance et culture d'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*. *Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 127-133.

LARONZE (F.), « La réforme éludée de l'entreprise : une histoire sans fin », *in* F. LARONZE et C. NEAU-LEDUC (dir.), *La société à mission – Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, , Presses Universitaires de Strasbourg, Droit de l'entreprise, p. 31-64.

LAUNAY (A.) et QUIENNEC (Y.), « De la prévention à la réparation des impacts ESG. Le contrat durable, outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable », in R. DE QUENAUDON, K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Pedone, 2016, p. 469-470.

LEFEBVRE-DUTILLEUL (V.), « La conformité, droit vivant », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 307-313.

LE FUR (A.-V.), « Intérêt et raison d'être de l'entreprise : quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 55-68.

LOCHAK (D.), « Droit, normalité et normalisation », *in* J. CHEVALLIER, D. LOCHAK, R. DRAÏ, A. KREMER-MARIETTI (dir.), *Le droit en procès*, PUF, p. 65.

LYON-CAEN (A.), « le droit sans l'entreprise », *in* B. SEGRESTIN, B. ROGER, S. VERNAC (dir.), *L'entreprise – Point aveugle du savoir*, Sciences Humaines, Essais, 2014, p. 21-31.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Les buts monumentaux du droit du marché – Réflexion sur la méthode », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2022, p. 85-100.

MANACORDA (S.), « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 92.

MENDOZA-CAMINADE (A.), « Compliance, proportionnalité et évaluation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 209-224

MARCOU (G.), « Les autorités administratives " dépendantes " et " indépendantes " dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – une analyse sur des secteurs sélectionnés », *in* G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en Franc et en Allemagne*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 25, 2011, p. 65.

MARIN (J.-C.), « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 67.

MARTIAL-BRAZ (N.), « Propos introductifs », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit,* Économica, Études juridiques, 2000.

MARTIN-CHENUT (K.), « Panorama en droit international des droits de l'homme », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Pedone, 2016, p. 27-29.

MERCIER (V.),

- « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, Pedone, 2016.
- « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018.

MOREL-MAROGER (J.), « La réception des normes de la compliance par les juges de l'Union européenne », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 443-464.

MOSSE (M.), « Le juriste au cœur du devoir de vigilance », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN ET J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 215-226.

MUIR WATT (H.), « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », *in* M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 78.

MUIR-WATT (H.) et G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *in* B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 169.

MUSCA (X.), « Construire une Europe de la compliance en donnant une meilleure place aux entreprises », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thème & Commentaires, 2019, p. 39.

OPPETIT (B.), « De la codification », *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 7.

PERUZZETTO (S.), « La codification du droit communautaire », *in* B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 1996, p. 145.

PIMONT (S.), « Des disciplines à la discipline juridique », *in* F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018, p. 219-223.

PORACCHIA (D.), « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *in* B. BRIGNON et I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2018.

QUEINNEC (Y.), « Le contrat durable, contours du concept et pistes d'exploration », *in* I. DAUGAREILH (dir.), *Responsabilités de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 633 et sv.

RACINE (J.-B.), « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 7.

RAPP (L.), « Conformité, proportionnalité et normativité », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2022, p. 177-198.

RAYNAUD (F.), « Le juge administratif et la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE, *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz, Régulations & Compliance, 2023, p. 473-478.

REBEYROL (V.), « La compliance : le rôle de la charte éthique », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN ET J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 119-128.

ROBERT-DEMONTROND (P.), « Le marketing de la RSE, enjeux et perspectives », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Économica, Gestion, 2012, p. 57-61.

RODA (J.-C.), « la compliance en droit américain : le régulateur, l'entreprise et le juge », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 225-248.

ROQUILLY (C.), « La culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 201-214.

ROUSILLE (M.), « La Compliance, comme nouvelle contrainte des sociétés ? », *in* B. BRIGNON, C. GROSSI (dir.), Les nouvelles contraintes des sociétés, Joly éditions, Pratiques des affaires, 2018, p. 87-99.

SAUVE (J.-C.), « Compliance, droit public et juge administratif », *in* M.-A. FRISON ROCHE, Régulation, Supervision, Compliance, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 47.

SCHILLER (S.), « La compliance extra financière : les risques de contradictions de domaines d'application », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 55.

SELLAL (P.), « Les vertus de la compliance : une réponse possible aux faiblesses de l'Union européenne ? », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2019, p. 53.

SONTAG (K.), « La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, p. 569-640.

SUEUR (J.-J.), « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 103-138.

SUPIOT (A.),

- « Introduction. L'entreprise face au marché total », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, 2015, p. 15.
- « Introduction », *in* A. SUPIOT (dir.), *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, Collège de France, Conférences, 2019, p. 9-14.

TEUBNER (G.), « L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite " privés " et " publics " des entreprises », *in* A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, Les sens du droit, p. 71.

THOURET (T.), « Formation et compliance : deux outils corrélés de transmission d'information », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2021, p. 245-254.

TRICOT (J.), « La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du droit », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 303.

TROCHON (J.-Y.), « La compliance : témoignage d'un directeur juridique », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management*

juridique et culture juridique d'entreprise, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 315-319.

VAN DROOGHENBROECK (S.), « La convention européen des droits de l'homme et la matière économique », *in* L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Droit/Économie international, 2009, p. 25-70.

VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Tome II, I.A.E de Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA de Toulouse, 1981, p. 767-774.

VERDUN (F.), « Les conséquences de la définition du risque juridique sur l'organisation de la fonction juridique dans l'entreprise », *in* C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Joly éditions, Pratique des affaires, 2011, p. 243-247.

VIMONT (P.), « La place de la diplomatie dans l'avancée d'une Europe de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, p. 49.

ZOLYNSKI (C.), « Compliance et droit des données personnelles », *in* N. BORGA, J.-C. MARIN et J.-C. RODA*, Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2018, p. 129.

V. ARTICLE DE REVUES

ABITEBOUL (S.) et CATTAN (J.), « Nos réseaux sociaux, notre régulation », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 38.

AUGAGNEUR (L.-M.), « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, n° 40, 5 octobre 2017, 1522.

BAILLY (E.), « Les pouvoirs d'enquête et de sanction de la CNIL », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.

BARBIERI (J.-B.), « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », *JCP E.* 23 mars 2023, n° 12, 1086.

BARY (M.), « La contractualisation de la RSE dans les relations d'affaires de l'entreprise », Énergie - Environnement – Infrastructures, octobre 2018, n° 10, dossier 39.

BEAUSSONIE (G.), « Un nouveau calibrage pour le lancement d'alerte », *RSC* 2022. 881.

BENICHOU (M.), VAUTRIN (G.), LE GOFF (P.), NONORGUE (S.), MEYSONNIER (P.), « Un subordonné de défiance : l'avocat salarié en entreprise », *JCP G* 22 février 2021, n° 8-9, 215.

BOITEAU (C.), « L'entreprise régulée », *RFDA* 2018, p. 469.

BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.),

- « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », D. 2017, p. 1619.

- « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », Journal du droit international Clunet, Janvier 2019, n° 1, doctr. 1.

BOUGLON (T.), « Obligation de déchiffrement d'un moyen de cryptologie et respect du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : quelle issue à prévoir en cas de contentieux français devant la CEDH ? », *RLDI* 1er mai 2021, nº 181.

BOURSIER (M.-E.),

- « La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance », *RSC* 2017, p. 465.
- « L'évolution de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme pour tous les professionnels de l'immobilier », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 28 février 2020, n° 9, act. 234.

BOUTONNET (M.), « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

BOY (L.), « Réflexions sur le droit de la régulation », *D*. 2001, p. 3031.

BELGRAVE (J.), « Comment préparer et gérer un contrôle de la CNIL? », *Journal du Management juridique*, septembre-octobre 2022, n° 90, p. 6.

BENNINI (A.), « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD com*., 2010, p. 499.

BLUM (P.), « Évolution des sanctions de la CNIL : l'exemple d'ACCOR, une décision riche d'enseignements pour les Délégués à la protection des données », Journal du Management juridique, septembre-octobre 2022, n° 90, p. 20.

BON-MICHEL (B.), « La cartographie des risques : de la rationalisation du futur à l'apprentissage du risque. Cas de l'identification du risque opérationnel au sein d'un établissement de crédit », *Management & Avenir*, 2011/8, n° 48, p. 326-341.

S. BRABANT et E. SAVOUREY, « Loi relative au devoir de vigilance – Des sanctions pour prévenir et réparer ? », *Rev. int. Compliance* 2017, comm. 44 ; suppl. *JCP E* 2017, n° 26

BRASSAC (L.),

- « La compliance vue par plusieurs directeurs juridiques », *actuEL direction juridique*, éditions législatives, Lefebvre Dalloz, 25 juin 2021.
- « Sapin II : où en sont les entreprises dans leur mise en conformité ? (et Infographie) », *Dalloz actualité*, 19 avril 2022.

BREEN (E.),

- « La "compliance ", une privatisation de la régulation ? », *RSC* 2019, p. 327.
- « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 56.

BROCHIER (M.), « Les mesures de lutte contre la corruption de la loi Sapin 2 à la lumière des règles anglo-saxonnes », *BRDA* 17/17.

BRUNELLE (E.), LACHASSAGNE (M.), BRIHI (S.), BOUSQUET (A.), « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », *Dalloz actualité*, affaires pénales, 23 mars 2021.

CADET (I.),

- « La Norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », Revue internationale de droit économique, n°4, 2010, 401-439.
- « L'"ISO 26000 Washing", un risqué lié au statut de la norme 26000 », *Revue de l'organisation responsable*, 2015, vol. 10, p. 16-36.

CALAIS-AULOIS (J.), « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD. civ*. 1994, p. 239.

CASTELNAU (H.), ABADIE (P.), BELY (E.), « la société à mission : risques et opportunités d'un dispositif transformateur », Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2022, entretien 3.

CAZENEUVE (B.), « La compliance, facteur de protection et de compétitivité des entreprises françaises », *RJSP* 2019, n° 16, p. 4.

CAZENEUVE (B.) et SELLAL (P.), « Vers un " Paquet Compliance Européen " », *RED* 2020, n°1, p. 63.

CAZENEUVE (B.), VAN GAVER (B.) et MENNUCCI (A.), « Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? », *Dalloz actualité*, le 26 mars 2021.

CHATELIER (Q.), « Devoir de vigilance : de la loi vigilance à une directive européenne ? », *Dalloz Actualité*, 1er avril 2021.

CHEVALIER (J.), « Doctrine ou science ? », *AJDA* 2001, p. 603.

CLAUDE (O.) et LEVY (A.), « Les enseignements des premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *RED*, n°1, septembre 2020, p. 106.

CLEMENT (J.-N.), « La compliance environnementale », *RJSC*, n°16, janvier 2019, 17.

COHEN-TANUGI (L.), « Le contentieux transatlantique de l'extraterritorialité : rétablir l'égalité des armes sur le terrain », *RED* 2020, p. 68.

COLLARD (C.), « Juridique, *compliance* : questions de territoire(s) », *Juriste d'entreprise magazine*, Association française des juristes d'entreprises, janvier 2011, n° 8, p. 48.

COLLARD (C.) et ROQUILLY (C.), « Conformité réglementaire et performance de l'entreprise », Cahier Droit de l'Entreprise, 2009, Fasc. 6, p. 36.

CONAC (P.-H.), « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Rev. sociétés*, 2003, p. 835.

CORDIER-PALASSE (B.) et RICHERT (M.), « La gouvernance de l'éthique et de la conformité/compliance. Bilan des actions menées par les entreprises ayant concuru aux Trophées d'excellence 2019 », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, février 2020, n° 1, 47.

COSSART (S.), BEAU DE LOMENIE (T.), LUBRANI (A.), « Extension du domaine de vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *RJSP* 2019, n° 16, 13.

COSSART (S.) et GUISLAIN (M.-L.), « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA* 2015, n° 104.

COURET (A.), « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rév. sociétés,* 2018, 11, p. 638.

CREUX-THOMAS (F.), « Nul n'est censé ignorer la compliance ? », *JCP G*, n°4, 24 janvier 2011, 69.

D'AMBROSIO (L.), « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *RSC* 2019, p. 205.

DANIS-FATOME (A.), « La sanction de la vigilance par la responsabilité civile », *JCP E* 03 août 2023, n° 31-35, 1244.

DANIS-FATOME (A.) et VINEY (G.), « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610.

DAOUD (E.) et ANDRE (A.), « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ pénal* 2012, 15.

DAOUD (E.) et PARTOUCHE (H.), « Loi sapin II, RGPD, loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance », *RLDA.* 2018, n° 136.

DAOUD (E.) et SFOGGIA (S.),

- « Que doit-on attendre de la nouvelle Agence française anticorruption ? », *RLDA* 1er avril 2017, n°125.
- « La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi Sapin II, RGPD, loi Vigilance) : réflexions sur une révolution interne », *RLDA* 1er octobre 2017, nº 130.

DEFFERRARD (F.), « " L'internetalisation " du jeu et la lutte contre le blanchiment », *Gaz. Pal*. 24 juin 2010, p. 9.

DEGOS (L.), « L'avocat (salarié) en entreprise : totems et tabous », *JCP G* 22 février 2021, n° 8-9, 216.

DE SAINT-AFRIQUE (D.), « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou inadapté ? », *JCP E* 2017, n° 5, 1064.

DESBARATS (I.), « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées : regard sur une pratique en expansion », *JCPE*, 26 février 2003, n°9, 112.

DONNEDIEU DE VABRES (L.), « L'entreprise citoyenne : vices et vertus de la compliance », *Gaz. Pal*. 15 septembre 2021, n° 426b6, p. 33.

DONZEL-TABOUCOU (C.), « Le principe « appliquer ou expliquer » en France ou le droit à l'auto-édiction normative », *Rev. sociétés*, 2015, p. 347.

DUFOUR (O.),

- « Entretient avec Marie-Anne Frison-Roche », *LPA*, 7 décembre 2017, n° 244.
- « Je pense que l'Europe peut et doit se construire sur une vision humaniste de la compliance », entretien avec M.-A. FRISON-ROCHE, *LPA* novembre 2018, n° 222, p. 4-7.

DUFOUR (P.) et KROUTI (M.), « De nouvelles réflexions autour de l'extraterritorialité de la loi pénale américaine anticorruption », Dalloz actualité, 13 septembre 2019.

DUFOURQ (P.) et LARIVIERE (S.), « Affaire LuxLeaks : violation de la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte en raison de sa condamnation pénale », *Dalloz Actualité Pénal*, le 24 février 2023.

DYENS (S.), « La nécessité de dresser une cartographie des risques juridiques », *AJCT* 2012. 131.

EYNARD (J.), « Cybersécurité », *Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication*, janvier 2021.

FAMILY (R.),

- « Convention judiciaire d'intérêt public- Bon élève, bon deal… », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires,* Février 2020, n° 1, 1.
- « De l'art de mixer intelligemment », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, décembre 2020, n° 6, p. 1.

FAVRO (K.), « La démarche de compliance ou la mise en œuvre d'une approche inversée », Légicom 2017, p. 21.

FEFERMAN (M.) et PELOSI (Y.), « Risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme par les profesionnels du secteur immobilier. Présentation des principales typologies et des facteurs de risque », *AJDI* 2010 p. 701.

FELDMAN (J.-P.), « Les autorités administratives indépendantes sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010. 2852.

FELIX (A.), « Le contrôle interne : le concept », *LPA* 2007, n° 74, p. 5.

FEUGERE (W.), « Les suites des alertes : observations sur les enquêtes internes », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Janvier-Février 2023, n° 1, dossier 11.

FOUCHARD (I.), « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 71, p. 49-81.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Le droit de la régulation », DA, 2001, p. 601.
- « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », D. 2006, Chron. 1895-1900.
- « Le Droit de la compliance », *D.* 2016, 1871.
- « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D.* 2018, 1561.
- « Compliance et personnalité », Dalloz, 28 mars 2019, n° 11, p. 604.
- « Gouvernance d'internet : " nous sommes face à un enjeu de civilisation " », *LPA*, 18 juillet 2019, n° 146q1, p. 4.
- « L'aventure de la compliance », *D.* 2020, 1805.
- « Penser et manier la vigilance par ses buts monumentaux de compliance », *JCP E*, n°31-35, 03 août 2023, 1238.

FULGERAS (A.-J.), « La lutte contre le blanchiment dans les banques », *D*. 2002, p. 789.

GALLI (M.), « Une justice pénale propre aux personnes morales », *RSC* 2018. 359.

GARABIOL (D.), MONTEBOURG (A.), VATIER (B.), GUITTON (G.), « Secret et lutte contre le blanchiment », *LPA,* 20 juin 2001, n° PA200112207, p. 37.

GARAPON (A.), « Une Cour peut réguler la mondialisation », *RED*, septembre 2020, n°1, p. 22.

GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron., n° 7, p. 93.

GAUDEMET (A.),

- « La compliance en quête de définition », INHESJ, défis n° 9, décembre 2018, p. 6.
- « Qu'est-ce que la compliance ? », *comm.*, 2019/1, n° 165, p. 109-114.
- « What is compliance ? », *RED*, septembre 2020, n° 1, p. 90.

GHRENASSIA (C.), « La charte et le territoire – libres propos au sujet de la responsabilité des entreprises transnationales dans la protection des droits fondamentaux », *RLDA*. 2012, n°76.

GLEIZAL (J.-J.), « Sécurité et globalisation », *RSC* 2004. 949.

GRANIER (C.), « La simplification du droit des affaires par la simplification de ses sources », Droit et Patrimoine, 1er avril 2022, n° 323.

GRUA (F.),

- « Les divisions du droit », *RTD Civ*. 1993, p. 59.
- « La responsabilité civile de celui qui fournit un moyen de causer un dommage », *RTD civ*. 1994, p. 1 et s., spéc. n° 12.

G'SELL (F.), « Qu'est-ce que le legal privilege ? Perspectives anglo-américaines », *JCP G* 22 mars 2021, n° 12, 337.

GUYADER (H.), « Extraterritorialité des lois américaines, l'émergence de limites ? », *RLDA* 2020, n° 157.

HAAS (G.), « Bilan après neuf mois d'application du RGPD », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 357.

HAERI (K.) et MUNOZ-PONS (V.), « Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs », *RJSP* 2019, n°16, 10.

HAMELLE (A.),

- « Un exemple de bonnes pratiques en matière de compliance », *RLDA*, n° 125, 1er avril 2017.
- « 3 questions – Pourquoi aller vers un droit européen de la compliance ? », *JCP E*, 21 janvier 2021, n° 3, 41.

HANNOUN (C.), « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Droit social* 2017 p. 806.

HEINICH (J.), « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés* 2017, comm. 78.

HELAINE (C.), « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz Actualité*, 7 mars 2023.

HUGUES-JENNETT (J.) et COSLIN (C.), "From soft law to hard law", RJSP n ° 16, Janvier 2019, 12.

IDOT (L.), « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2001, p. 191.

ILCHEVA (A.-M.), « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, le 13 avril 2023.

JACOB (P.), « La compétence des États à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 665.

JANUEL (P.),

- *«* Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes *»*, Dalloz actualité, interview de J.-F. BOHNERT, 18 mars 2020.
- « L'AFA défend son bilan et suggère des évolutions », *Dalloz actualité*, affaires, 8 avril 2021.
- « Faut-il faire évoluer la CJIP ? », *Dalloz actualité*, 12 avril 2021.
- « L'assemblée adopte le legal privilege des juristes en entreprise », *Dalloz Actualité*, Affaire, le 12 juillet 2023.

JEAMMAUD (A.), « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Revue critique de jurisprudence*, 2010, p. 181.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.) et LYON-CAEN (A.), « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, 359.

JEGARD (F.), « C... comme Cartographie des risques », *JA* 2022, n° 652, p. 50.

JOURDAN (F.) et MAGLOIRE (T.), « Comment mener une enquête interne ? », *JCP E* 6 janvier 2022, n°1, 1003.

KADAR (D.), GAILLARD (L.) et ABDESSELAM (S.), « Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des premiers bilans : une inspiration commune, des autorités de régulation qui ont pris leur essor et un contentieux nourri à venir », *RED* septembre 2020, n°1, p. 94.

KEREBEL (F.) et DEDIEU (D.), « Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques : Méthodes d'élaboration », *JCP E*. octobre 2010, n° 43, 1929.

LAFARGUE (M.), « Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres : l'entrée dans une nouvelle ère ? », *JCP S* 23 Mai 2017, n° 20-21, 1169.

LALDJI (M.), « Les menaces des entités criminelles transnationales sur la sécurité intérieure des États », *Sécurité globale*, 2016, n°6, p. 43-62.

LARTIGUE (M.), « Nouvelles directives du PNF sur la CJIP : des clarifications très attendues par les avocats », *Dalloz actualité*, 19 janvier 2023.

LEBEN (C.), « Entreprises multinationales et droit international économique », *RSC* 2005. 777.

LE CORRE (C.),

- « Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.
- « Réflexions pratiques sur la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle », *RLDA*, 1er avril 2017, n° 125.

LE COUVIOUR (K.), « Catastrophe de l'Erika : premiers commentaires d'un jugement déjà exemplaire. À propos du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 janvier 2008 », *JCP E* 6 Février 2008, n° 6, act. 88.

LE MOULEC (E.), « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil par la loi PACTE sur l'abus de biens sociaux », *RTD Com*. 2020, p. 1.

LOEVE (B.), « " Due diligence " et " sphère d'influence " dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2010, n° 3, dossier 16.

LOW (L.) et PRELOGAR (B.), « Judicial limits on US Prosecution of Foreign national for Overseas bribery », *Revue international de la compliance et de l'éthique des affaires*, décembre 2018, n° 2.

LUBRANI (A.), « Extension du domaine de vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *RJSP* 2019, n° 16, 13.

MAETZ (C.-A.), « Devoir de vigilance et réputation », *JCP E* 03 aout 2023, n° 31-35, 1246.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Logique économique et logique juridique », *Contrats conc. consom*. 2005, étude 20.

MALGRAIN (L.), LAVARDE (C.) et MERLE-BERALLE (A.), « Un règlement pour enfin harmoniser la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au sein de l'UE : le nouvel objectif de la Commission européenne ? », *Dalloz actualité*, Droit pénal des affaires, 3 mars 2020.

MARTIN (R.), « Le droit en branches », *D.* 2002. 1703.

MARTIN-CHENUT (K.), « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Droit social*, 2017, p. 798.

MASCALA (C.), « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Droit et Patrimoine*, n° 149, 1er juin 2006.

MAXWELL (W.) et TAËB (S.), « L'accountability, symbole d'une influence américaine sur le règlement européen des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 123.

MAZIAU (N.), « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *JCP E* n° 28, 2015, 1343.

MEKKI (M.), « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, 1er mai 2005, n° 104.

MELIK PARSADANIANTZ (R.-M.) et CHUILON-CROLL (J.), « Réputation et compliance, quels enjeux ? », *RJSP*, Janvier 2019, n° 16, 7.

MELLERAY (F.), « Codification, loi et règlement », Cahiers du Conseil Constitutionnel, janvier 2006 n° 19.

MERCAT-BRUNS (M.), « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.* 2017, p. 224.

MICHON (C.), « Développer une démarche de vigilance effective liée aux droits de l'Homme », *Revue Internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, août 2021, n° 4, p. 13.

MIGNON (E.), « Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée », *RJSP* Janvier 2019, n° 16, 16.

MIGNON COLOMBET (A.), « Quel avenir pour la convention judiciaire d'intérêt public ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires,* avril 2021, n° 2, comm. 84.

MONTAS (A.) et ROUSSEL (G.), « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika, Commentaire de l'arrêt Crim. 25 septembre 2012, n°10-82.938, Erika », *AJ Pénal* 2012, p. 574.

MOUTOT (R.), « Un premier vent de défiance souffle sur le Digital Services Act : Zalando conteste sa qualification de très grande plateforme par la Commission européenne », *Dalloz Actualité*, le 17 juillet 2023.

MOULETTE (P.), « Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption internationale », RED, n° 1, septembre 2020, p. 125.

MOULIN (J.-M.), « Plan de vigilance : une décision en attendant… la directive européenne », *RD banque et fin.* Mars-avril 2023, n° 2, comm. 61.

MUIR WATT (H.), « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, décembre 2017, n° 4.

MUNOZ-PONS (V.), « Nouvelles recommandations de l'AFA : vers l'instauration d'une obligation d'enquêter dans l'entreprise ? », *Dalloz Actualité*, le 08 Février 2021.

NERON (S.), « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, 1003, p. 1663, spéc. n ° 4, p. 1664.

NEYRET (L.), « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *D.* 2010, p. 2238.

PACLOT (Y.), « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Revue des sociétés* 2011, p. 395.

PARACHKEVOVA-RACINE (I.), « Mis en place de la vigilance en droit des sociétés », *JCP E* 03 août 2023, n° 31-35, 1239.

PARANCE (B.), « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », *Gaz. Pal*., 19 juin 2019, n° 354k6, p. 46.

PARANCE (B.) et RATIER (A.), « La mise en œuvre des objectifs de développement durable par les entreprises », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, février 2019, n°1, p. 9.

PATAUT (E.), « Le devoir de vigilance-Aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833.

PEREIRA (B.),

- « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La Revue des Sciences de Gestion,* 2008/2, n° 230.

- « ISO 26000, Due diligence, sphère d'influence et Droits de l'Homme », *Revue de l'organisation responsable*, n°2, 2014, p. 60-75.

PERONNE (G.) et DAOUD (E.), « Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD », *Dalloz IP/IT* 2017 p. 584.

PETIT (B.), « Business and Human Rights : Think Different, Act Better », Revue internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires, 2 juillet 2015, n° 27, p. 9.

PICARD (E.), « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, numéro spécial, p. 55.

PIETRANCOSTA (A.), « Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi pacte amendant le droit commun des sociétés », *Réalités industrielles*, 2019, n°4, p. 55.

PITRON (E.) et COURTEAUT (K.), « Intelligence économique et compliance : oxymore ou prétérition ? », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, avril 2019, n°2, 69.

PLUCHART (J.-J.), « L'éthique des affaires : portée et limites de l'approche fonctionnaliste », *LaRSG*, 2005/6 (n° 216), p. 17-32.

PORACCHIA (D.), « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », *BJS* janvier 2017, n° 115z5, p. 65.

POULLE (J.-B.) et AUBERT (S.), « Lutte contre le blanchiment : l'esprit de l'approche par les risques est-il menacé ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, janvier 2014, étude 5.

PUGLIESE (M.), « L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution : pouvoirs de contrôle et garanties procédurales », *RLDA* 1er mai 2014, nº 93.

QUEINNEC (Y.), « Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *RLDA* 1er mai 2015, n° 104.

QUEINNEC (Y.) et BOURDON (W.), « Entreprises transnationales et droits de l'homme, à la recherche des combinaisons normatives adaptées », *Journal européen des droits de l'homme* n° 1, 26 avril 2013.

QUEINNEC (Y.) et CONSTANTIN (A.), « Devoir de vigilance - Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *RLDA* 2015, n° 104.

QUENTIN (B.) et VOIRON (F.), « La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ? », *AJ Pénal* 2021, p. 15.

RACINE (J.-B.), « Le déploiement du devoir de vigilance dans un contexte transnational », *JCP E*, n° 31-35, 03 août 2023, 1241.

RATIER (A.), « Les ODD en France. Entre appropriation par le secteur privé et attente fortes vis-à-vis de l'État », *Revue internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires*, n°1, février 2019, p. 11.

RAYNAUD (O.), « L'application des règles de prévention du blanchiment aux professions juridiques et aux professions du chiffre », *Gaz. Pal.*, 15 novembre 2003, p. 2.

REYGROBELLET (A.), « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *RLDA*, n°128, 1re juillet 2017.

ROGLEV (L.), BECKHARD (J.) et BECKER (V.), « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 67, 1er janvier 2012.

SACHS (T.), « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017, p. 380.

SAENKO (L.), « Première convention judiciaire d'intérêt public : HSBC face à l'Histoire », *RTD com*. 2018. 230.

SAILLANT (C.), « Google face à la justice américaine : le démantèlement aura-t-il lieu ? », Dalloz Actualité, Européen, IP/IT and communication affaires, Concurrence – Distribution, le 24 février 2023.

SAINTE FARE CARNOT (R.), « La conformité, le droit et le juriste. Un contexte nouveau qui fait bouger les lignes de la maîtrise des risques », Juriste d'entreprise magazine, Association française des juristes d'entreprise, janvier 2011, n° 8, p. 38.

SALOMON (R.), « Chronique de droit pénal social », *Droit social* 2018. 857.

SCHILLER (S.), « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E* 2017. 1193.

SCHMIDT (D.), « Manquement d'entrave : obligation de s'accuser », *BJB* 2020. 1, n° 119f4.

SCHWARTZ (J.), « Intelligence artificielle : les prémices d'une réglementation européenne », *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre 2021, n°5, prat. 24.

SCOTT (R.) et BEST (R.), « Lutte contre la corruption – Le contrôle du juge sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue internationale de la compliance et de l'Éthique des affaires*, juin 2019, n° 3, étude 93.

SFOGGIA (S.) et BOUSQUET (A.), « Sanction disciplinaire et connaissance par le salarié des règles éthiques internes », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, août 2021, n°4, p. 28.

SOULEZ LARIVIERE (D.),

- « Du respect de la concurrence à l'évangélisme et de l'évangélisme à l'impérialisme », Dalloz actualité 16 mai 2008.
- « Avis du Comité d'éthique du barreau de Paris sur l'application de la loi Sapin II », *JCP G* mai 2019, n° 20.

STOLOWY (H.), PUJOL (E.) et MOLINARI (M.), « Audit financier et contrôle interne », *RFG*, 2003/6 (n° 147), p. 133-143.

TAMBOU (O.), « Règlement général de la protection des données : l'après 25 mai 2018 », Dalloz Actualité, 25 mai 2018.

TERNEYRE (P.) et BOITEAU (C.), « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA* 2017, p. 517.

TEYSSIE (B.), « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D*. 2021, chron., p. 1823 et s.

THIBIERGE (C.),

- « Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ*. 2003, p. 599.
- « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*. 2004, p. 577.

THIBORD (J.) et DAOUD (E.), « Devoir de vigilance européen : la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale demande une législation ambitieuse et effective », Dalloz Actualité, 18 janvier 2022.

THIERACHE (C.), « RGPD vs Cloud Act : le nouveau cadre légal américain est-il anti-RGPD ? », Dalloz IP/IT 2019, p. 367.

TREBULLE (F.G.), « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1re partie) », Bull. Joly 2006. 1337.

VESSIO (F.), « Le groupe de sociétés entre éthique des affaires et responsabilité pénale – Du principe intangible de l'irresponsabilité du groupe au réalisme de la responsabilité de la société mère », *JCP E*, n° 3, 19 janvier 2023.

WATIN-AUGOUARD (M.), « La cybersécurité, enjeu de la souveraineté à l'ère du numérique », Dalloz IP/IT, 2021, p. 130.

ZIVY (F.), « Les programmes de conformité aux règles de concurrence : de l'auto-évaluation à l'auto-régulation ? », *JCP E* 26 juillet 2012, n° 30, 1474.

VI. RAPPORTS ET ETUDES

Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne–Tome 1, Rapport d'information n°4299 présenté par J.-L. WARSMANN et P. LATOMBE, 29 juin 2021.

Blanchiment de capitaux basé sur le commerce : Tendances et évolution, GAFI/EGMONT, 9 décembre 2020.

Créer un cadre français de la responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne, Rapport de la mission « régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook » remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, mai 2019.

Critères ESG : intégration dans les financements, les investissements, les services aux TPE-PME, ORSE, 2017.

Diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises, AFA, septembre 2020.

Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, A. DUTHILLEUL et M. DE JOUVENEL (auteurs), Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances, janvier 2020.

Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018.

Globalization : Threat or Opportunity ?, International Monetary Fund, 12 avril 2000.

L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet, M.-A. FRISON-ROCHE, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, avril 2019.

La loi de sécurité financière : un an après, Rapport d'information n° 431 (2003-2004), P. MARINI, déposé le 27 juillet 2004.

L'avocat français et les enquêtes internes, Conseil national des barreaux, 12 juin 2000.

Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise, 30 septembre 2022.

L'État en France : servir une nation ouverte sur le monde, J. PICQ, Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, mai 1994.

L'entreprise, objet d'intérêt collectif, N. NOTAT et J.-D. SENARD, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018.

Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise, 30 septembre 2022.

Les autorités administratives indépendantes, Études et documents du Conseil d'État, 2001.

Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404, déposé le 15 juin 2006.

Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Cour de cassation, La documentation française, étude annuelle, 2017.

Le radar du devoir de vigilance, identifier les entreprises soumises à la loi, rédigé par S. BOMMIER et L. CHATELAIN, Sherpa, juin 2019.

Les enquêtes internes anticorruption – Guide pratique, AFA et PNF, mars 2023.

Les notaires et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, Cellule de traitement des informations financières, janvier 2012.

Livre vert portant sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Commission des communautés européennes, COM (2004) 327 final.

L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme et son financement, M. DJAFOUR, Centre de recherche sur le renseignement, Rapport de recherche n° 29, Septembre 2021.

Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4, France, OCDE, 2021.

Présentation des référentiels étrangers promouvant l'intégrité dans la vie des affaires, étude de l'AFA, mai 2023.

Rapport 1997/1998 sur les typologies du blanchiment, GAFI.

Rapport annuel 2021, AMF.

Rapport annuel d'activité, AFA, 2018.

Rapport contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129.

Rapport d'activité et d'analyse, Tracfin, 2020.

Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur l'évaluation des récents cas présumés de blanchiment de capitaux impliquant des établissements de crédit de l'Union européenne, COM(2019) 373 final.

Rapport d'information nº 4809 relatif au devoir de vigilance des multinationales, présenté par M. CLAPOT et D. POTIER, 15 décembre 2021.

Rapport d'information par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, P. Lellouche (Président) et K. Berger (Rapporteure), 5 octobre 2016, n° 4082.

Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact 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 « loi Sapin 2 », rapporteurs R. GAUVAIN et O. MARLEIX, déposé le 7 juillet 2021, n° 4325.

Rapport du groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/20/29, 2012, disponible sur le site internet des Nations Unies.

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général charge de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, NATIONS UNIES, 19 août 2010, A/65/310

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique (n° 3770), après engagement de la procédure accélérée, relative à la compétence du défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, S. DENAJA, AN n° 3785 et 3786, le 26 mai 2016.

Rapport final sur le comité d'audit, AMF, 22 juillet 2010.

Rapport sur la proposition de loi organique de M. Ugo BERNALICIS et plusieurs de ses collègues visant à la création de l'inspection générale de la protection des lanceuses et lanceurs d'alerte (2591), n° 2740, 12 mars 2020.

Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées, AMF, novembre 2019.

Réflexions sur l'intérêt général, Conseil d'État, Rapport public, étude annuelle, 30 novembre 1998.

Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, établi par R. GAUVIN, Rapport à la demande de Monsieur Éd. PHILIPPE Premier Ministre, 26 juin 2019.

Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006 du Conseil d'État.

Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, Tracfin, 2019-2020.

Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler, Rapport de M. MEZARD au nom de la Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, n° 126, t. I, 28 octobre 2015.

VII. RESSOURCES INFORMATIQUES

BOUSSIN (E.) et SCHREIBER (J.), « Retour sur les grandes cyberattaques en France en 2022 : quelles résolutions pour 2023 », 25 janvier 2023, disponible sur le Portail de l'intelligence économique.

CAPRON (M.), « L'économie éthique privée : la responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », Économie Éthique N°7, SHS-2003/WS/42, disponible en ligne : https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132512.

CNIL, « Utilisation de Google Analytics et transferts de données vers les États-Unis : la CNIL met en demeure un gestionnaire de site web », 10 février 2022, disponible en ligne : https://www.cnil.fr/fr/utilisation-de-google-analytics-et-transferts-de-donnees-vers-les-etats-unis-la-cnil-met-en-demeure.

DUFOUR (O.), « Total en Ouganda : le tribunal de Paris fait appel à des amici curiae sur le devoir de vigilance », 27 octobre 2022, disponible en ligne : https://www-actu--juridique-fr.cdn.ampproject .org/c/s/www.actu-juridique.fr/justice/total-en-ouganda-le-tribunal-de-paris-fait-appel-a-des-amici-curiae-sur-le-devoir-de-vigilance/amp/.

FAUVEL (V.), « L'éthique et la conformité dans les entreprises françaises : état des lieux d'un outil de guerre économique », 27 janvier 2021, disponible en ligne sur le Portail de l'IE.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Compliance et confiance », 30 mars 2017, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/compliance-et-confiance/.
- « Du droit de la régulation au Droit de la compliance », 14 avril 2017, disponible en ligne : http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la- complianc/.
- « Tracer les cercles du droit de la compliance », juin 2017, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-bon-usage-de-la-compliance/.
- « Le droit de la compliance lâche les amarres du droit de la régulation mais conserve ses principes : conséquences sur les entreprises au regard des autorités et des frontières », 30 juin 2018, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-droit-de-la-compliance-lache-les-amarres-du-dro/.
- « Le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance dans le projet européen », juillet 2023, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-deploiement-du-droit-de-la-regulation-par-le-dr/.
- « Le droit rêvé de la compliance », 18 juin 2020, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-droit-reve-de-la-compliance/.

- « Compliance by design, une arme nouvelle ? L'opinion de Facebook à propos des nouvelles dispositions techniques d'Apple pour protéger les données personnelles », 31 août 2020, disponible en ligne : https://thejournalofregulation.com/fr/article/compliance-by-design-a-new-weapon-opinion-of-faceb/.
- « Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du droit de la compliance par ses « buts monumentaux » », 13 nov. 2020, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/tous-les-outils-sont-bons-pour-atteindre-les-buts-/.
- « L'invention de la vigilance : un terme nouveau pour une responsabilité en ex ante », 8 février 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/linvention-de-la-vigilance-un-terme-nouveau-pour-u/#:~:text=La%20loi%20dite%20Vigilance%20de,le%20sort%20des%20êtres%20humains.
- « Pour réguler l'alimentation, ne pas tout concevoir juridiquement en terme de marchés ; concevoir en terme de filière et en internaliser les buts dans les entreprises cruciales qui connectent l'amont et l'aval », 25 juin 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/pour-reguler-lalimentation-ne-pas-tout-concevoir-j/.
- « Définition du principe de proportionnalité et définition du droit de la compliance », 22 juillet 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/proportionnalite-et-conformite-in-compliance-et-pr/.
- « Notes pour une synthèse opérée sur le vif des travaux du colloque : " les buts monumentaux du droit de la compliance : radioscopie d'une notion " », 16 septembre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/rapport-de-synthese-in-les-buts-monumentaux-radios/.
- « L'appui du Droit de la Compliance pour la maitrise quotidienne du Droit de la Concurrence », 20 octobre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-but-du-droit-de-la-compliance-au-regard-du-droi/.
- « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », octobre 2021, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/devoir-de-vigilance-lancement-dalerte-et-competiti/.
- « Compliance by Design et Droit des données personnelles, causes de la chute financière et boursière de Meta », 4 février 2022, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/compliance-by-design-et-droit-des-donnees-personne/.
- « Appréciation du lancement d'alerte et de l'obligation de vigilance au regard de la compétitivité internationale », février 2022, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/devoir-de-vigilance-lancement-dalerte-et-competiti/.
- « Lignes de force de l'ouvrage la juridictionnalisation de la compliance », 2 février 2023, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/lignes-de-force-de-louvrage-la-juridictionnalisati/.
- « Le déploiement du droit de la régulation par le droit de la compliance dans le projet européen », juillet 2023, disponible en ligne : https://mafr.fr/fr/article/le-deploiement-du-droit-de-la-regulation-par-le-dr/.

INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS, "Connecting the anti-corruption and human rights agendas: A guide for business and employer's organisations", Septembre 2020, p.10, disponible en ligne : https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=147731&token=c0fecaf2120d7faf 7e4214377a1754ab8170fd88.

LAMY (F.), « La production de la sécurité publique », Intervention du 17 septembre 2015 lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, disponible en ligne : https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-production-de-la-securite-publique#_ednref1.

LANGE (B.),

- « Corruption dans l'entreprise : en France, vers une obligation de dénoncer toute inconduite ? », 21 février 2023, disponible en ligne, https://outlook-skan1-fr.cdn.ampproject.org/c/s/ outlook.skan1.fr/2023/02/21/corruption-dans-lentreprise-en-france-vers-une-obligation-de-denoncer-toute-inconduite/amp/.
- « Amec Foster Wheeler sanctionné pour corruption par les USA et le Royaume-Uni », 7 juillet 2021, disponible en ligne : https://outlook.skan1.fr/2021/07/07/amec-foster-wheeler-sanctionne-177-millions-etats-unis-royaume-uni-fcpa-sfo-dpa-corruption/.
- « La justice US sanctionne la compagnie aérienne brésilienne GOL pour corruption... Au Brésil », 10 octobre 2022, disponible en ligne : https://outlook.skan1.fr/2022/10/10/la-justice-us-sanctionne-la-compagnie-aerienne-bresilienne-gol-pour-corruption-au-bresil/.
- « Litchi malgache : deux entreprises françaises au coeur d'une filière soupçonnée de corruption », 5 décembre 2022 : https://outlook.skan1.fr/2022/12/05/litchi-malgache-deux-entreprises-francaises-au-coeur-dune-filiere-soupconnee-de-corruption/.

LES AMIS DE LA TERRE, « Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance », juin 2021, p. 18, disponible en ligne : https://www.amisdelaterre.org/publication/14455/.

MAINGUY (D.),

- « La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Teutates consommation et du marché*, 2016, p. 32, disponible en ligne. : http://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf.
- « L'Art juridique de la Guerre économique », 23 février 2021, disponible en ligne : https://droitcontentieuxguerreeco.files.wordpress.com/2021/03/lart-juridique-de-la-guerre-economique-intro-17032021.pdf.

MARINEAU (S.), « Nord Stream 2 : comment interpréter la fin des sanctions américaines ? », la Tribune, 17 juillet 2021, disponible en ligne : https://theconversation-com.cdn.ampproject.org/c/s/thecon versation.com/amp/nord-stream-2-comment-interpreter-la-fin-des-sanctions-americaines-162031.

MATELLY (S.), « Quand l'Histoire s'accélère », GéopoWeb, Presse, 2 juin 2021, disponible en ligne : https://www.iris-france.org/158085-responsabilite-des-entreprises-quand-lhistoire-saccelere/.

MAYMONT (A.), « Le droit de la *compliance* au secours de la stabilité financière », 2020, disponible en ligne : https://uca.hal.science/hal-02937582/document.

METAY (F.), « CJIP : le Parquet National Financier précise les règles de la Justice négociée à la française », 24 janvier 2023, disponible en ligne : https://outlook-skan1-fr.cdn.ampproject.org/c/s/ outlook.skan1.fr/2023/01/24/cjip-le-parquet-national-financier-precise-les-regles-de-la-justice-negociee/amp/.

NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, 2011, disponible en ligne : https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf.

OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, « Loi PACTE & Raison d'être, et si on passait à la pratique ? », 2020, disponible en ligne : https://www.orse.org/nos-travaux/guide-orse-c3d-loi-pacte-raison-detre-et-si-on-passait-a-la-pratique.

OCDE,

- *Responsabilité des entreprises : initiatives privées et objectifs publics*, 2001, disponible en ligne : https://www.oecd.org/fr/daf/inv/responsabilitedesentreprises/responsabilitedesentreprisesinitiativespriveesetobjectifspublics.htm.
- *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2008, disponible en ligne : https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/1922470.pdf.

SENTILHES (A.), « Comment les entreprises françaises se protègent-elles face aux armes législatives américaines ? », Portail de l'IE, 7 juin 2021, disponible en ligne : https://www.portail-ie.fr/univers/droit-et-intelligence-juridique/2021/comment-les-entreprises-francaises-se-protegent-elles-face-aux-armes-legislatives-americaines/.

SERS (A.), « L'Europe renforce sa législation sur le numérique, Apple double ses dépenses en lobbying à Bruxelles », le 19 avril 2022, disponible en ligne : https://www.portail-ie.fr/univers/influence-lobbying-et-guerre-de-linformation/2022/leurope-renforce-sa-legislation-sur-le-numerique-apple-double-ses-depenses-en-lobbying-a-bruxelles/#:~:text=L%27industrie%20du%2numérique%20s,%25 %20du%20chiffre%20d%27affaires.

VERDURE (L.), « Quelles orientations pour l'avenir de la loi Sapin II ? », Le Monde du droit, 14 septembre 2021, disponible en ligne : https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/77338-quelles-orientations-pour-avenir-loi-sapin2.html.

VIII. JURISPRUDENCES

Amende administrative

- CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 ; *Revue de droit fiscal*, 1025, 2007, L. AYRAULT ; *JCP A*, 25, 2007, O. DUBOS ; *JCP A*, 24, 2009, S. MOSTAFAVI, V. CARPENTIER ; *Revue de droit bancaire et financier*, 3, 2010, J.-P. KOVAR ; Droit fiscal, 21, 2010, L. AYRAULT ; *JCP E*, 37, 2011, E. DREYER ; *JCP G*, 46, 2012, K. BLAY-GRABARCZYK ; *Droit pénal*, 1, 2015, V. PELTIER ; *JCP G*, 48, 2015, E. DREYER.
- CEDH, 23 novembre 2006, Jussila c/ Finlande, n° 73053/01.
- CEDH, 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie, n° 14939/03.
- CJUE, 5 juin 2012, arrêt Bonda, C-489/10 ; *Europe*, 1 août 2012, n° 349, note S. ROSET.

Application de la loi étrangère dans l'ordre juridique français

- Cass. civ. 25 mai 1948, Lautour ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948, 357, note LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *S.* 1949, 1, p. 21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1948, II, n°4532, note VASSEUR.

Autorités administratives – entrave

- Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, novembre-décembre 2004, n° 6, p. 1739-1760, obs. D. CHAMUSSY ; *LPA* 2005, n° 225-226, p. 11-14, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *CC* 2004, n° 11, p. 35-39, obs. A. LEPAGE ; *ibid* n° 10, p. 29-30, obs. C. CARON ; *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2005, n° 3, p. 465-472, obs. P. CASSIA ; *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, p. 225-231, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2004, n° 60, p. 822-830, note H. ALCARAZ ; *LPA* 2004, p. 8-9, obs. J.-E. SCHOETTL.
- Cass. crim., 23 septembre 2004, n° 03-86.604, Bull. crim., n° 224, *Droit penal*, 2005, obs. M. VÉRON.
- Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, Société Novaxia développement et autres [Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers], *Actualités du droit*, 9 février 2022, p. 3, obs. M. CARREZ, S. LE GALL ; *Droit pénal*, mars 2022, n° 3, p. 49-50, obs. V. PELTIER ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 21 mars 2022, n° 10, p. 560-562, obs. P. IDOUX ; *Droit des sociétés*, avril 2022, n° 4, p. 41-45, obs. J. GRANOTIER ; *RLDA* 2022, n° 180, p. 6, obs. D. STUCKI ; *Actualité juridique. Pénal*, avril 2022, n° 4, p. 205, obs. N. CATELAN ; *D.* 2022, n° 17, p. 884, obs. N. IDA ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2022, n° 2, p. 362-368, obs. J.-M. BRIGANT.

Autorités administratives – pouvoirs de sanction

- CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas, req. n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.
- Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Revue française de droit administratif*, 1989, p. 671, obs. B. GENEVOIS ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, n° V-1989, p. 481-482, 486-487, 498 et 507, note B. GENEVOIS ; *Pouvoirs*, janvier 1990, n° 52, p. 189, note P. AVRIL, J. GICQUEL.
- Cons. const., 30 décembre 1982, n° 82-155 DC ; *D*. 1984. 472, obs. L. HAMON ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 199, obs. P. AVRIL et J. GIQUEL.
- Cass., ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.440, Bull. ass. plén., p. 1 ; *JCP* 1999. 636, obs. H. MATSOPOULOU ; *JCP* 1999. 589, obs. E. GARAUD ; *AJDA* 1999. 847, obs. J.-F. BRISSON.
- Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; *JCP* 1999. I. 141, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *D*. 1999. 589, obs. Y. MAYAUD ; *D*. 2000. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART.
- CE, ass. Plén., 3 décembre 1999, req. n° 207434 , Lebon 399 ; *D*. 2000. 62, obs. M. BOIZARD ; *JCP E* 2000. 509, obs. F. SUDRE ; *Rev. adm*. 2000. 42, obs. J.-M. BRIERE.
- CEDH, 14 octobre 2003, Lilly c/ France, req. n° 53892/00.
- Cons. const. 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC ; *RFDC* 2006. 165, obs. S. NICOT ; *Gaz. Pal*. 2005. 6, obs. J.-E. SCHOETTL.
- CE, 27 octobre 2006, req. n° 276069 ; *D*. 2007. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *RTD com*. 2007. 406, obs. N. RONTCHEVSKY ; *AJDA* 2007. 80, obs. M. COLLET.
- CA Paris, pôle 5, chambre 7, 5 janvier 2010, 2009/06017.
- Cass. com. 1 mars 2011, n° 09-71.252, *Banque et Droit*, 2011, n° 139, p. 22, chron. H. VAUPLANE, J.-J. DAIGRE, B. SAINT MARS, J.-P. BORNET ; *Rev. sociétés* 2011, n° 10, p. 575-580, note C. ARSOUZE.
- Cons. const. 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC , Banque populaire Côte d'Azur, *JCP A* 2012, n° 13, p. 36-38, obs. D. DE LA BURGADE ; *LPA* 2012, n° 55, p. 3-6, obs. F. MILOUDI.
- CE, 5 décembre 2011, req. n° 319545 ; *AJDA* 2012. 959, obs. P. IDOUX.
- Cons. const. 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, Société Groupe Canal Plus, LPA 2013, n° 140, p. 10-12, obs. J. Bourdoiseau ; *ibid* n° 90, p. 9-11, obs. S. MESSAI-BAHRI ; *DA* 2012, n° 12, p. 29-31, obs. M. BAZEX ; *Revue juridique de l'économie publique*, janvier 2013, n° 704, p. 10-16, obs. B. GENEVOIS ; *Banque & droit*, novembre-décembre 2012, n° 146, note J.-P. BORNET ; *RLC* 2013, n° 34, p. 89-90, obs. D. ROUSSEAU ; *Revue française de droit constitutionnel*, janvier 2013, n° 93, p. 204-209, note W. BENESSIANO.
- Cons. const. 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC, Société Sud Radio Services, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2014, n° 1, p. 122-124, obs. J. FRANCILLON ; *Revue juridique de l'économie publique*, mai 2014, n° 719, p. 28-32, obs. H. PAULIAT ; *JCP G* 2014, n° 17, p. 522-523, obs. L. CALANDRI ; *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, janvier-mars 2014, n° 2014-1, p. 208-209, obs. F. MARTUCCI.

- Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, M. John L, *LPA* 2015, n° 59, 4-7, obs. O. DUFOUR ; *JCP G* 2015, n° 13, 605-609, obs. F. SUDRE ; *ibid* 609-613, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 2015, n° 15, 874-875, obs. O. DÉCIMA ; *ibid* 894-898, obs. A.-V. LE FUR ; *AJP* 2015, n° 4, p. 182-184, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Gaz. Pal*. 2015, n° 128-132, 7-13, obs. J.-M. MOULIN ; *ibid* n° 133-136, 16-19, obs. E. RASCHEL ; *Droit pénal* 2015, n° 5, 45-46, obs. V. PELTIER ; *Rev. Sociétés* 2015, n° 6, p. 380-386, obs. H. MATSOPOULOU ; *DA* 2015, n° 6, 30-31, obs. T. PERROUD ; *RLDA* 2015, n° 105, p. 20-23, obs. F. STASIAK ; *DA* 2015, n° 7, p. 19-20, obs. P. IDOUX ; *LPA* 2015, n° 151, p. 4-21, obs. J.-R. MAUZY ; *D*. 2015, n° 30, p. 1750, obs. J. PRADEL.
- Cons. const. 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA, *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, janvier 2016, n° 2016-1, p. 179-181, obs. C. LEMAIRE ; *Revue française de droit constitutionnel*, janvier-mars 2016, n° 105, 174-177, obs. N. CATELAN.
- Cons. const., 8 juillet 2016, n° 2016-552 QPC, Société Brenntag, *Revue française de droit constitutionnel*, janvier-mars 2017, n° 109, p. 234-235, obs. J.-B. PERRIER ; *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, novembre 2016, n° 2016-4, p. 164-166, obs. C. LEMAIRE, S. CHIKH.

Autorités administratives – pouvoir réglementaire

- Cons. const. 18 septembre 1986, n° 86-217 DC ; *Revue administrative*, 1986, obs. R. ETIEN ; *Rev. Sociétés* 1986, n° 4, p. 608-612, note Y. GUYON ; *D.* 1987. 381. H. MAISL ; *RD publ*. 1989. 399. note L. FAVOREU ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p. 430-436, note B. GENEVOIS ; *Actualité juridique. DA*, 1987, note P. WACHSMANN ; *LPA* 1986, n° 135, note B. MALIGNER ; *ibid*, n° 136, note B. MALIGNER ; *ibid*, n° 137, note B. MALIGNER.
- Cons. const. 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; *Revue administrative*, 1989, p. 223-228, obs. J.-L. AUTIN ; *D*. 1994. 137, obs. M. DOBKINE ; *JCP* 1994. II. comm. 22350, note M.-C. ROUAULT ; *Pouvoirs*, septembre 1989, n° 50, p. 193-197, note P. AVRIL, J. GICQUEL ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mars-avril 1989, n° 2, p. 249, note L. FAVOREU ; *Revue française de droit administratif*, 1989, p. 215, obs. B. GENEVOIS ; *Grands arrêts du droit de l'audiovisuel*, 1991, n° 51, p. 331, note C. DEBBASH ; *D.* 2009, p. 554-575, obs. L. PHILIP, L. FAVOREU.
- Cons. const. 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, Réglementation des télécommunications ; *Revue française de droit constitutionnel*, 1996, n° 28, p. 823-832, note J. TREMEAU ; *LPA* 1996, p. 15-22, obs. P.-G. PEROT ; *JCP G* 1996, p. 1-3, obs. F. OLIVIER, E. BARBRY ; *Actualité juridique. DA*, 1997, p. 762-779, obs. H. MAISL ; *Juris P.T.T.*, 1996, p. 20-26, obs. J. FRAYSSINET ; *Actualité juridique. DA*, 1996, p. 694-696, note O. SCHRAMECK ; *LDI* 1996, p. 1-4, obs. D. KAHN ; *P.T.T.*, 1996, p. 3-19, obs. F. DUPUIS-TOUBOL, J.-P. JOUYET ; *LPA* 1997, p. 16-19, note B. MATHIEU, M. VERPEAUX ; *D*. 1998, p. 146-147, note J. TREMEAU ; *Revue française de droit administratif*, 1996, p. 909-951, obs. J. CHEVALIER.

Autorités administratives - indépendance

- CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, req. n° 7819/77.
- CEDH, 22 octobre 1984, Sramek c/ Autriche, req. n° 8790/79.
- CEDH, 23 juin 1981, Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, req. n° 6878/75.
- CEDH, 23 avril 1987, Ettl c/ Autriche, req. n° 9273/82.

Code de conduite

- TGI Nanterre, 19 octobre 2007, *JCP S* 2008, 1071, obs. A. TEISSIER.
- Tribunal correctionnel de Paris, 16 janvier 2008, *JCP* 2008, II, 10053.
- Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191, *Rev. sociétés* 2010, n° 9, p. 483-494, note F. BARRIERE ; *RLDA* 2010, n° 52, p. 70-74, note I. DESBARATS ; *JCP E* 2010, n° 20, p. 23, note N. MALLET-POUJOL, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2010, n° 56, p. 52-53, obs. L. COSTES ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 113-114, p. 40-42, note C. ATTAL-MAMOU, E. WALLE ; *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1433, p. 8-10, obs. I. MEYRAT.
- CA Paris, 30 mars 2010, *JCP* 2010, I, 432.
- Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *AJ Pénal* 2012, p. 574, note A. MONTAS et G. ROUSSEL ; *Gaz. Pal*. 2012, n° 298-299, p. 8-11, note B. PARANCE ; *D.* 2012, n° 38, p. 2557-2566, obs. F. G. TREBULLE ; *D*. 2012, n° 40, p. 2711-2716, note P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, n° 47, p. 2095-2099, note K. LE COUVIOUR ; *AJDP* 2012, n° 11, p. 574-578, G. ROUSSEL, A. MONTAS ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 333-334, p. 18-19, note M. MEKKI ; *RLDC* 2013, n° 102, p. 19-24, note M. BARY ; *Rev. sociétés* 2013, n° 2, p. 110-116, note J.-H. ROBERT ; *AFDI* 2013, n° 59, p. 597-598, note J. CAZALA, A. LEMARIE, L. TRIGEAUD ; *RLDA* 2013, n° 78, p. 59-60, note M.-H. GOZZI ; *RLDA* 2013, n° 78, p. 60-63, note M.-P. BLIN-FRANCHOMME ; *RTD civ*. 2013, n° 1, p. 119-123, note P. JOURDAIN.
- CA Aix en Provence, 9e chambre B, 28 avril 2017, 14/19465.
- CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 13 mars 2019, 17/21477.
- CA Angers, ch. soc., 29 mai 2020,18/00395.
- CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 24 mars 2021, 19/155565.
- CA Paris, Pôle 6 - chambre 11, 1er juin 2021, 19/06021.

Confidentialité des consultations juridiques

- Cons. const., Loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, Décision n° 2023-855 DC du 16 novembre 2023.

Conflit de lois

- CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, Inspire Art, *D*. 2004. 491, note E. PATAUT ; *D*. 2003. 2874, chron. M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 2004. 135, note J.-P. DOM ; *Rev. crit. DIP* 2004. 151, note H. MUIR WATT ; *RTD eur*. 2004. 533, chron. C. PRIETO.

Contrôle interne

- Cass. soc., 17 mars 2021, n° 19-12.586.

Contrôle juridictionnel des actes administratifs

- CJCE, 13 décembre 1989, Grimaldi, aff. C-322/88, Rec. CJCE 4407, pt 13 ; *AJDA* 1990. 281, chron. T. DEBARD et C. ALIBERT.
- CE, 9e et 10e chambres réunies, 4 décembre 2019, n°415550, *BJB* 2020, n°11, p. 19, note Th. BONNEAU ; *RDBF* 2020, comm. 13, note M. GILLOUARD et A. GOURIO.
- CJUE, 15 juillet 2021, FBF c/ ACPR, aff. C-911/19, *Banque et Dr*. septembre 2021, note J. MOREL-MAROGER ; *RDBF* 2021, comm. 122, note T. SAMIN et S. TORCK ; *D*. 2021. 1956, note A.-C. ROUAUD ; D. 2021. 1890, obs. H. SYNVET.

Convention judiciaire d'intérêt public

- T. corr. Nanterre, 15e chambre, 18 septembre 2019, *D*. 2019. 2137, obs. G. POISSONNIER ; *Dalloz actualité*, 27 avril 2020, obs. E. DAOUD et H. PARTOUCHE.

Déclaration de soupçon

- CE, sixième et première sous-section, 31 mars 2004, SA Nextup c/ Commission bancaire et État, req. n° 256355, JurisData n° 2004-066899 ; *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2004, n° 5, p. 318-319, F.-J. CREDOT, Y. GERARD ; *BJB* 2004, n° 5, p. 627-638, obs. C. CUTAJAR ; *JCP E* 2004, 18.
- Cass. com., 21 septembre 2022, n° 20-22.828.

Détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés

- Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.551, *Rev. trav*. 2007. 543, F. JAULT-SESEKE.
- Cass. soc. 28 septembre 2011, n° 10-12.278 et n° 10-13.486, *Actualité des procédures collectives*, 2011, 19, L. FIN-LANGER ; *JCP S.* 2011, 48, H. GUYOT ; *D*. 2012. 901, P. LOKIEC ; *Environnement et Développement durable*, 2013, 4, F.-G. TREBULLE.

Dommage futur

- Cass. 3e civ., 17 décembre 2002, n° 01-14.179, *RDI* 2003, p. 322, obs. F.-G. TRÉBULLE ; *JCP G* 2004, I, 101, n° 5, obs. G. VINEY.
- Cass. 3e civ., 7 octobre 2009, n° 08-17.620, *Constr.-Urb*. 2009, comm. 143, obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE ; *Resp. civ. et assur*. 2009, comm. 366 ; *D*. 2010, p. 1103, chron. F. NESI ; *RDI* 2009, p. 650, obs. P. MALINVAUD
- Cons. const., 8 avril 2011, M. Michel Z, n° 2011-116 QPC, JurisData n° 2011-015527 ; *D*. 2011, n° 18, p. 1258-1261, note V. REBEYROL ; *AJDA* 2011, n° 20, p. 1158-1161, obs. K. FOUCHER ; *RJE* 2011, n° 3, p. 393-399, obs. P. STEICHEN ; *JCP G* 2011, n° 43-44, p. 1956, obs. C. HUGLO ; *RFDC* 2011, n° 88, p. 823-830, obs. L. GAY ; *LPA* 2012, n° 153, p. 5-6, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *RLDA* 2011, n° 66, p. 56-57, obs. F. NESI.
- Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-11.713 : JurisData n° 2011-008444 ; *Constr.-Urb*. 2011, comm. 113, obs. M.-L. PAGES-DE VARENNE ; *D*. 2011, p. 1482 ; *RDI* 2011, p. 405, obs. P. MALINVAUD

Enquête interne

- CA Aix-en-Provence, chambre 17, 11 février 2008, 07/08061.
- CA Paris, Pôle 5, chambre 7, 29 septembre 2011, 2010/24176, JurisData n° 2011-021991.
- Cass. soc., 12 janvier 2012, n° 10-23.583.
- Cass. soc., 9 février 2012, n° 10-26.123, *JCP S* 2012, 17 obs. D. CORRIGNAN-CARSIN ; *AJ pénal* 2020. 559, obs. E. GOUESSE ; *Droit social* 2018. 857, chron. R. SALOMON ; Cahiers de droit de l'entreprise 2023, 1, W. FEUGERE ; *JCP S* 2022, 29, obs. S. MIARA.
- Cass. soc., 18 février 2014, n° 12-17.557, JurisData n° 2014-002725, *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2014, 5, note F. TAQUET ; *JCP S* 2014, 30, note C. LEBORGNE-INGELAERE ; *D*. 2014. 1115, note P. LOKIEC.
- CA Orléans, chambre sociale, 25 février 2016, 15/01500.
- Cass. soc., 22 mars 2016, n° 15-10.503, *Droit pénal* 2018, 5, obs. P. CONTE ; *JCP S* 2019, 49, obs. E. JEANSEN ; *JCP S* 2020, 39, L. BORDERIE, M. VACASSOULIS ; *JCP S* 2022, 7, obs. A. BOULESTEIX, L. NICOLAI.
- CA Paris, Pôle 6, chambre 5, 25 janvier 2018, 15/08177.
- Cass. crim. 28 février 2018, n° 17-81.929, *D*. 2018. 513 ; *ibid*. 1611, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2018. 256, obs. M. AIRIAU ; *Dr. soc*. 2018. 484, obs. J. MOULY ; *ibid*. 857, étude R. SALOMON ; *RDT* 2018. 382, obs. J.-B. THIERRY ; *RSC* 2018. 415, obs. Y. MAYAUD ; *ibid*. 449, obs. A. CERF- HOLLENDER.
- CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 29 août 2018, 16/13810, JurisData n° 2018-014752.
- CA Paris, Pôle 6, chambre 8, 25 septembre 2019, 17/13830.
- CEDH, gr. ch., 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13, JurisData n° 2019-018032 ; *JCP S* 2020, 1036 ; *JCl. Travail Traité, Synthèse* 100.
- CA Paris, Pôle 6, chambre 2, 14 octobre 2021, 20/07466, JurisData n° 2021-016170.

- Cass. soc., 8 janvier 2020, n° 18-20.151, JurisData n° 2020-000097 ; *JCP S* 2020, n° 8, p. 43-45, note V. ARMILLEI.
- CA Aix-en-Provence, 4e et 5e chambres réunies, 28 avril 2022, 19/17642.
- Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220, JurisData n° 2022-010621, *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2022, 5, note F. TAQUET ; *JCP S* 2022, 29, note S. MIARA.
- Cass. soc., 6 juillet 2022, n° 21-13.631, *SSL* 2022, n° 2020, p. 11-13, C. TERRET, F. ALAMBRET ; *Cahier de droit de l'entreprise*, 2022, 5, obs. M. PERRAULT ; *ibid*, 2023, 1, obs. W. FEUGERE.

Le droit de ne pas s'auto-incriminer

- CEDH, 25 février 1993, n° 10588/83, Funke c/France, *D*. 1993. 457, note PANNIER ; *D*. 1993. Somm. 387, obs. RENUCCI ; *RSC* 1994. 362, obs. KOERING-JOULIN ; *RSC* 1993. 581, obs. PETTITI ; *RUDH* 1993. 217, obs. SUDRE.
- CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne [Grande Chambre], nº 54810/00, *AJDA* 2006. 1709, note J.-F. FLAUSS.
- CEDH, 5e section, 14 octobre 2010, req. n° 1466/07, *Gaz. Pal*. 2010, n° 290-292, p. 18-19, note M. BOUGAIN ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 297-299, p. 15-19, note O. BACHELET ; *D*. 2010, n° 44, p. 2950-2952, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2010. 2850, note D. GUERIN ; *D*. 2010. 2425, note F. ROME ; *D*. 2010. 2696, note Y. MAYAUD ; *D*. 2010. 2783, J. PRADEL ; *JCP E* 2010, 43, F. SUDRE ; *JCP E* 2011, 7, A. MARON, J.-H. ROBERT, M. VERON ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 37-39, p. 8-10, J.-B. PERRIER, D. FAYOLLE ; *RSC* 2011. 211, D. ROETS.
- Cons. const., 27 janvier 2012, n° 2011-214 QPC, *Droit pénal*, mars 2012, n° 3, p. 43-45, note J.-H. ROBERT ; *Actualité juridique. Pénal*, mars 2012, n° 3, p. 166-167, note G. ROUSSEL ; *LPA* 2 octobre 2012, n° 197, p. 10-11, J.-E. GICQUEL ; *Revue française de droit constitutionnel*, octobre 2012, n° 92, p. 893-896, note S. ANANE.
- Cons. const., 8 juillet 2016, n° 2016-552 QPC, Société Brenntag, *Revue française de droit constitutionnel*, janvier-mars 2017, n° 109, p. 234-235, note J.-B. PERRIER ; *Revue des droits de la concurrence*, novembre 2016, n° 2016-4, p. 164-166, note C. LEMAIRE, S. CHIKH.
- CJUE, 2 février 2021, aff. C-481/19, *JCP E* 2021, 1226, note N. IDA ; *JCP G* 2021, 389, note H. MATSOPOULOU ; *RD bancaire et fin*. 2021, n° 42, note P. PAILLER ; *RTDF* n° 1-2/2021, p. 196, note E. DEZEUZE et N. RONTCHEVSKY.

Les droits fondamentaux

- CE, Benjamin, 19 mai 1933, n° 17413 17520, publié au recueil Lebon ; *Gaz. Pal*. 2000, n° 2, p. 29-32, obs. C. LEPAGE ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 44-45, p. 8-15, obs. D. THEOPHILE et P. MELE ; *JCP A*. 2020. n° 18, p. 44, M. Touzeil-Divina ; *RDP*. 2021, n°2, p. 461-488, obs. L. Roulette.

- Cons. const., 16 juill. 1971, n°71- 44 DC, Liberté d'association ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1971, p. 1171-1204, obs. J. ROBERT ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 1971, p. 537-542, note J. RIVERO ; *D.* 1974, n° s.n., p. 83-90, obs. L. HAMON ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, n°VII-1991, p. 77, note F. LUCHAIRE ; *Les cahiers français*, janvier-février 2001, n° 300, p. 39-47, obs. D. ROUSSEAU ; *Revue française de droit constitutionnel*, 1er janvier 2014, n° 97, p. 5-120, note G. Boudou ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 283-308, note B. LECOQ-PUJADE ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 315-336, note D. MONGOIN ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 337-359, note M. PHILIP-GAY ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 361-375, note A. MANOUGUIAN ; *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2022, n° 130, p. 377-391, note L. ECK.
- CJCE, 12 nov. 1969, Stauder, C-29/ 69, Rec. p. 719.
- CJCE, 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11-70, Rec. p. 1125.
- CJCE, 14 mai 1974, Nold, C- 4/ 73, Rec. p. 491.
- CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, n° 6833/ 74.
- CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, n° 6289/ 73.
- Cons. const., 27 juillet 1982, Communication audiovisuelle, n° 82-141 DC ; *JCP G.* 1986. 3256, obs. C. FRANCK ; *RFDA*. 2001. 629, obs. B. MALIGNER ; *AJDA*. 2003. 2008, obs. G. GLENARD ; *AJDA*. 2012. 587, obs. H. APCHAIN ; *RFDA*. 2018. 949, obs. L. MARION.
- Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie ; *Revue administrative*, 1985, n° s.n., p. 355, note M. DE VILLIERS ; *JCP E*. 1985, n° s.n., note F. CLAUDE ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I-1985, p. 400-402, note B. GENEVOIS ; *D.* 1985. 361, note F. LUCHAIRE ; *Actualité juridique. Droit administratif*, 1985, note P. WACHSMANN ; *D.* 2009. 473, obs. L. PHILIP et L. FAVOREU.
- Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94- 343/ 344 DC, Loi Bioéthique ; *Revue française de droit constitutionnel*, octobre-décembre 1994, n°20, p. 799-811, note L. FAVOREU ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 1994, n° 3, M. DELMAS-MARTY ; *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 34-40, note J.-P. DUPRAT ; *D.* 1995, n°16, p. 237, obs. B. MATHIEU ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 1996, n° 1, p. 13-30, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; *D.* 1995, n° 27, p. 205, B. EDELMAN ; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, novembre-décembre 1994, n° 6, p. 1647, obs. F. LUCHAIRE ; *Actualité législative Dalloz*, 26 octobre, 9-23 novembre 1995, n° 18-19-20, p. 149, obs. D. THOUVENIN ; *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 1994, n° 10, obs. B. MATHIEU ; LPA, 26 avril 1995, n° 50, note B. MATHIEU ; *JCP E.* 1994, n°39, C. BYK ; *Journal international de bioéthique*, 1996, n° 1996 - 1, p. 10-15, obs. M.-P.

DESWARTE ; *D.* 1995, n° 36, p. 299, L. FAVOREU et T.-S. RENOUX ; *Revue française de droit administratif,* septembre-octobre 2015, n° 5, p. 869-875, obs. G. CLENARD.
- CEDH, 13 novembre 2003, Libor Novak c/ République tchèque, n° 6525/00.
- Cons. const., déci. n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes ; *Gaz. Pal*. 2020, n° 24, note S. SALLES ; *Gaz. Pal*. 2020, n° 9, p. 25-27, note M. KAMAL-GIRARD.

Les engagements environnementaux et sociaux

- Cass. crim. 27 octobre 1997, n° 96-83.698, Bull. crim. n° 352 ; *D.* 1997. 251 ; *Rev. sociétés* 1997. 869, note B. BOULOC ; *RSC* 1998. 336, obs. J.-F. RENUCCI ; *RTD com*. 1998. 428, obs. B. BOULOC ; *JCP* 1998. II. 10017, note M. PRALUS ; *LPA* 1997, n° 34, 13, note C. DUCOULOUX-FAVARD.
- Cass. crim. 22 octobre 2008, n° 07-88.111 ; *D.* 2009. 519, obs. Centre de droit et d'économie du sport ; *Rev. sociétés* 2009. 405, note B. BOULOC ; *BJS* 2009. 178, note D. PORACCHIA.
- Cass. com., 13 novembre 2013, n° 12-25.675 ; *RTD com*. 2013, n° 4, p. 765-767, note P. LE CANNU.
- Cass. crim. 10 septembre 2014, n° 13-87.858.
- Cass. crim. 16 décembre 2015, *Dr. sociétés* 2016. Comm. 39, obs. R. SALOMON.
- Cass. crim. 6 avril 2016, *Dr. pénal* 2016. Comm. 99, obs. J.-H. ROBERT.

La définition de l'entreprise

- CJCE, 13 juillet 1962, Mannesmann AG. c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, aff. 19/61, Rec., p. 675.
- CJCE, 23 avril 1991, Höfner c/ Macroton, aff. C-41-90, Rec., p. I-01979 ; *Journal du droit international,* 1992, n° 2, p. 467, note M.-A. HERMITTE ; *Gaz. Pal.* 1998, n°135, p. 38, obs. M. NICOLELLA ; *RTD eur. 2000*, n° 2, p. 335, obs. L. IDOT, J.-B. BLAISE ; *RD bancaire et fin*. 2002, n° 3, p. 154, obs. S. SCHILLER ; *Rev. sociétés*, 2001, n° 2, p. 191, obs. L. IDOT ; *JCP E*. 2005, n° 7, p. 280 obs. S. GRANDVUILLEMIN.

Lanceurs d'alerte

- CEDH, 12 février 2008, n° 14277/04, *AJDA* 2008. 978, note J.-F. FLAUSSE.
- Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-740 DC, Loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.
- Cass. soc. 4 novembre 2020, n°18-15669, Bull. civ. V ; *D*. 2020, p. 2242 ; *JCP S* 2020, 3091, note B. BOSSU.
- Cass. soc. 1er fevrier 2023, n° 21-24.271, *JCP E* 2023, 475, note X. VUITTON ; *JCP S* 2023, 1063, note J.-Y. KERBOURC'H ; *Semaine sociale Lamy*, 2023, n° 2035, p. 10.

- CEDH, 14 février 2023, n° 21884/18, *JCP G* 2023, n° 8-9, p. 452, obs. A. SCAHMANECHE ; *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 2023, n° 2, 89, obs. I. BUFFLIER.

La responsabilité du dirigeant

- Cass. com., 14 fevrier 2018, n° 16-21.077 ; *Droit et Patrimoine* 2019, n° 294, p. 50-53, note D. PORACCHIA ; *Rev. des sociétés* 2019, n° 1, p. 42-48, note B. LECOURT ; *RTD com*. 2018, n° 3, p. 701-705, note A. LECOURT ; *Gaz. Pal*. 2018, n° 23, p. 75-76, note D. GALLOIS-COCHET ; *Droit des sociétés* 2018, n° 10, p. 22-24, note R. MORTIER.
- Cass. Civ. 3, 14 juin 2018, n° 16-28.672 ; *Droit et Patrimoine* 2019, n° 294, p. 50-53, note D. PORACCHIA ; *JCP E* 2019, n° 13, p. 26-27, note R. RAFFRAY ; *JCP N* 2019, n° 11, p. 7, note H. HOVASSE ; *Revue de Jurisprudence Commerciale* 2019, n° 1, p. 70-71, note S. TISSEYRE ; *Revue Lamy Droit des affaires* 2018, n° 142, p. 27-33, note T. GIRARD-GAYMARD ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 37, p. 47, note C. LEBEL ; *Droit des sociétés* 2018, n° 10, p. 22-24, note R. MORTIER ; *RTD Com*. 2018, n° 4, p. 982-983, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Gaz. Pal*. 2018, n° 32, p. 77-79, note M. ROUSSILLE ; *Rev. des sociétés* 2021, n° 1, p. 18-27, obs. P. LEQUET ; *Option Droit & Affaires* 2018, n° 426, p. 10-11, C. ROCHA ; *Revue de droit rural* 2018, n° 468, p. 46-48, obs. R. MORTIER.

L'autonomie de la filiale d'un groupe de société

- Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10.094 ; *D.* 2005, p. 1225, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, obs. D. ROBINE et J. MAROTTE ; *JCP* 2005, II, 10088, note O. BOURU et M. MENJUCQ ; *RTD Com.* 2005, n° 3, p.541, note C. CHAMPAUD et D. DANET.
- CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel NV c/ Commission, § 58 ; *RSC* 2010. 244, obs. L. IDOT ; *RTD com*. 2010. 144, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD eur*. 2010. 647, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT.
- Cass. com., 6 janvier 2015, n° 13-21.305 ; *AJCA* 2015. 129, obs. M. PONSARD ; *AJCA* 2015. 169 obs. G. PARLEANI ; *RTD civ.* 2015. 388, obs. H. BARBIER ; *D.* 2016, p. 964, obs. D. FERRIER ; *RTD eur.* 2016. 374-28, obs. F. ZAMPINI ; *AJDA* 2020. 2540, obs. P. IDOUX.
- CA Paris, Pôle 4 – chambre 11 E, 30 mars 2010, 08/02278.

L'intérêt général et l'entreprise

- CJUE, 20 avril 2010, Federutility et autres c/ Autorità per l'energia elettrica e il gasaff, C-265/08 ; *Europe*, 2010, n° 6, p. 20-21, note L. IDOT ; RTD eur. 2018, n°4, p. 835-837, note E. MULLER.
- Cass. civ., 6 juillet 2017, n° 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595, Publié au bulletin ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2017, n° 142, p. 8-11, obs. E. DERIEUX ; Communication Commerce Électronique, 2017, n° 10, p. 25-27, obs. G. LOISEAU ;

Légipresse, 2017, n° 353, p. 489-494, obs. T. DOUVILLE ; *RTD eur.* 2018, n° 2, p. 338-340, note A. JEAUNEAU ; *JCP G*. 2018, n° 15, p. 734-741, obs. N. BINCTIN.

Loi Sapin 2

- Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC ; *JCP E*. 2016, n° 50, p. 12-13, note M. DANIS et M. VALENTINI ; *Rev. sociétés*, 2017, n° 2, p. 121-124, obs. L. BENOIT ; *Gaz. Pal*. 2017, n° 12, p. 71-73, obs. D. BRUNO ; *RTD civ*. 2017, n° 3, p. 593-600, obs. P. DEUMIER, P. PUIG ; *Constitution*, 2017, n° 2017-1, p. 52-53, obs. P. BACHSCHMIDT ; *Constitution*, 2017, n° 2017-1, p. 76-83, obs. J.-F. GIACUZZO ; *Concurrences*, 2017, n° 2017-2, p. 192-193, J. MARTINEZ.

Loi vigilance

- Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC ; *RLDA* 2017, n° 128, p. 35-42, note A. REYGROBELLET ; *Constitutions*, 2017, n° 2017-2, p. 291-284, note M. BERTRAND ; *Concurrences*, 2017, n° 2017-4, p. 185, note J. MARTINEZ.
- TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, JurisData n° 2023-002691 ; *JCP E* 2023, 1086, obs. J.-B. BARBIERI ; *JCP G* 2023, act. 373, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, B. PARANCE.
- Cass. com., 15 décembre 2021, n° 21-11.882 et 21-11.957 : JurisData n° 2021-020350 ; *JCP E* 2022, 1067, note B. DONDERO.
- TJ Paris, 1er juin 2023, n° 22/07100, *Dalloz actualité*, 23 juin 2023, obs. J.-B. BARBIERI et A. TOUZAIN ; *D*. 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET ; *D*. 2024. 990, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET.
- TJ Paris, 5 décembre 2023, n° 21/15827 : *JurisData* n° 2023-002691 ; *JCP E* 2023, 1086, obs. J.-B. BARBIERI ; *JCP G* 2023, act. 373, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, B. PARANCE ; *Dalloz actualité*, 13 avr. 2023, obs. A-M. ILCHEVA ; *ibid*. 7 mars 2024, obs. C. HELAINE ; *D*. 2023. 975, obs. V. MONTEILLET et G. LERAY ; *JA* 2023, n° 677, p. 13, obs. X. DELPECH ; *Rev. crit. DIP* 2023. 849, note H. MUIR WATT ; *RTD com*. 2023. 369, obs. A. LECOURT.
- CA Paris, pôle 5, ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/14348.

Obligation naturelle

- Cass. civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 93-20.300, *D*. 1996. 120, note R. LIBCHABER ; *LPA* 1996, n° 102, p. 9-17, note S. HOCQUET-BERG ; *D*. 1997. 85, note N. MOLFESSIS ; *D*. 1997. 155, note G. PIGNARRE.

- Cass. civ. 1re, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. civ. I, n° 4 ; *D*. 2005. 1393, note G. LOISEAU ; *RTD civ*. 2005. 397, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2005. II. 10159, note M. MEKKI ; *JCP N* 2005. 1509.
- Cass. com. 23 janvier 2007, n ° 05- 13.189, Bull. civ. IV, n ° 12, p. 13 ; *D.* 2007, 442, obs. X. DELPECH ; *RTD civ*. 2007, 340, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RDC* 2007, 697, obs. Y.-M. LAITHIER.
- Cass. civ. 1re 17 octobre 2012, n ° 11- 20.124, Juris-Data n ° 2012-023255, *JCP E* 2013, 1019, note S. LE-GAC-PECH ; *LPA*, 21 mars 2013, n ° 58, p. 9, note Y. GUENZOUI ; *D*. 2013, 411, note G. PIGNARRE ; *Gaz. Pal*., 23 janvier 2013, n ° 23-24, p. 18, note D. HOUTCIEFF.

Perte de chance

- Cass. 1re civ., 21 novembre 2006, n° 05-15.674, JurisData n°2006-036009, *JCP G* 2007, n° 8-9, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2006, n° 51-52, chron. M.-C. ROUAULT.
- Cass. 2e civ., 9 avril 2009, n° 08-15.977, JurisData n°2009-047775, *LPA* 2009, n° 146, p. 18-23, obs. A. DUMERY ; *RLDC* 2009, n° 61, p. 19, J.-P. BUGNICOURT ; *LPA* 2010, n° 227, p. 12-20, chron. A. VIGNON-BARRAULT.
- Cass. 1re civ., 10 avril 2013, n° 12-17.631, JurisData n°2013-006964.

Principe *non bis in idem*

- Cass. Crim. 17 janvier 2018, n° 16-86.491 ; *Droit pénal,* avril 2018, n° 4, comm. 59, note PH. CONTE ; JCI. Pénal Code, 20, obs. E. LETOUZEY ; JCI. Pénal Code, 10, L. DESESSARD ; JCI. Droit international, 403-10, obs. A. HUET, R. KOERING-JOULIN, K. MARIAT ; Journal du droit international Clunet, 2, 01/04/2021, obs. K. MEHTIYEVA ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, 5, 24/10/2020, obs. A. LEVY, A. CHAMPAVERE ; JCI. Préocédure pénale, 20, D. CARON ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires , 3, 13/06/2019, S. BONIFASSI, T. STUMM ; Journal du droit international Clunet , 1, 01/01/2019, X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET.
- Cass. Crim. 14 mars 2018 n° 16-82.117 ; JCP E 2018, 14, J.-M. BRIGANT ; *Droit pénal*, 2018, 6, J.-H. ROBERT ; *Droit pénal*, 2018, 6, J.-H. ROBERT ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, 2018, 2, obs. A. MIGNON COLOMBET ; JCP E 2018, 27, obs. E. DREYER ; JCP E 2018, 46, obs. D. BOSCO, B. BRIGNON ; Droit des sociétés, 2019, 3, obs. D. BOSCO, B. BRIGNON.

Protection des données personnelles

- CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, Aff. C-131/12 ; *Revue Lamy droit de*

l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique, 2014, n° 107, p. 32-35, note O. PIGNATARI ; *JCP G* 2014, n° 26, p. 1300-1303, note L. MARINO ; *LPA* 2014, n° 182, p. 9-14, obs. G. MALAFOSSE ; *Revue du droit de l'Union européenne*, 2014, n° 3, p. 581-588, note F. LÜTZ et J. PROBST ; *Option France*, 2014, n° 1275, p. 39-41, note O. COUSI et M. D'ANGELO ; *Lexbase Affaires* 2014, n° 384, note C. FERAL-SCHUHL ; *Responsabilité civile et assurances*, 2015, n° 5, p. 15-23, note J.-M. BRUGUIERE ; *RTD eur.* 2014, n° 4, p. 879-897, note B. HARDY ; *Lexbase Affaires* 2014, n° 405, note V. TECHENE ; *RTDE* 2016, n° 2, p. 353-354, F. BENOIT-ROHMER ; *Rev. crit. DIP* 2020, n° 2, p. 334-348, note H. MUIR-WATT.

- CJUE, 6 octobre 2015, Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner, Aff. C-362/14 ; *JCP A* n° 42 du 2015, 855, D. BERLIN ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6 du 2015, 30, M. GRIGUER ; *Communication - Commerce électronique* n° 11 du 2015, 94, A. DEBET ; *JCP G* 2015, n° 46-47, 1260, I. BEYNEIX ; *Europe* n° 12 du 2015, 468, D. SIMON ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2 du 2016, 10, M. GRIGUER ; *Revue de droit bancaire et financier* n° 2 du 2016, 90, A. GOURIO, M. GILLOUARD ; *Europe* n° 5 du 2016, 32, L. IDOT ; *Europe* n° 8-9 du 2016, 54, L. IDOT ; *Europe* n° 2 du 2017, 48, F. GAZIN ; *JCP E* n° 48 du 2020, 1495, M. BOURGEOIS ; *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n° 4 du 2022, 200, obs. C. MORENO, K. MEDJAOUI ; *Communication - Commerce électronique* n° 11 du 2020, 83, obs. A. DANIS-FATOME ; *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1 du 2021, 5, obs. M. GRIGUER, D. SCEMAMA ; *Journal du Droit international Clunet* n° 2 du 2021, 16, L. PAILLER ; JCP G, n° 41 du 2020, 1116, N. MARTIAL-BRAZ.
- CJUE, 16 juillet 2020, Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, Aff. C-311/18, cons.165 et 184 ; *JCP G* 2020, 30, D. BERLIN ; *JCP G* 2020, 41, N. MARTIAL-BRAZ ; *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* , 5, 2020, J. SCHWARTZ ; *Revue de droit bancaire et financier* , 6, 2020 , N. MARTIAL-BRAZ ; *JCP E* 2020, 48, note M. BOURGEOIS ; JCP A 2021, 21, J.-C. VIDELIN ; RTD eur. 2021, 916, obs. L. COUTRON ; *AJ contrat* 2020. 436, T. DOUVILLE ; *Dalloz IP/IT* 2020. 640, B. BRUNESSEN ; D. 2020. 2432, note C. CASTETS-RENARD ; *Rev. UE* 2021. 144, A. DEROUDILLE ; *Rev. UE* 2021. 163, C. COPAIN-HERITIER ; *AJDA* 2021. 741, L. CLUZEL-MÉTAYER ; *RTD eur*. 2021, 175, B. BRUNESSEN ; Dalloz IP/IT 2021. 522, F. NAFATALSKI ; *RTD eur*. 2021, 973, obs. F. BENOIT-ROHMER ; Dalloz IP/IT 2022. 515, obs. F. NAFALSKI ; D. 2022. 2002, obs. W. MAXWELL, C. ZOLYNSKI.

Relation commerciale établie

- Cass. com. 18 décembre 2007, n° 06-10.390.
- Cass. com. 16 décembre 2008, n° 07-15.589, Bull. civ. IV, n° 207 ; *D.* 2009. 225, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2009. 2888, obs. D. FERRIER ; *JCP E* 2009. 1479, obs. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, S. DESTOURS ; *RDC* 2009. 1048, obs. G. VINEY ; *JCP* 2009. I. 138, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.
- Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-11.916, *CCC*. 2009, 7, note N. MATHEY.

- Cass. com., 15 septembre 2009, n° 08-19.200, *D*. 2009, AJ 2277, obs. CHEVRIER ; *D*. 2011. Pan. 547, obs. FERRIER ; *RTD com*. 2009. 799, obs. BOULOC ; *JCP E* 2009, n° 42, p. 22, note AUGAGNEUR ; CCC 2009, n° 264, obs. MATHEY ; *LPA* 9 novembre 2009, note GRIMONPREZ ; *RJDA* 2010, n° 81 ; *RLDA* décembre 2009. 40, note COURDIER-CUISINIER.
- Cass. com. 18 mai 2010, n° 08-21.681, Bull. civ. IV, n° 89 ; *D*. 2010. 1341, obs. E. CHEVRIER ; *D*. 2010. 2011. 472, obs. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *D*. 2010. 540, obs. D. FERRIER.
- Cass. com. 27 février 2013, n° 12-13.819, *RTD civ*. 2013. 374, obs. H. BARBIER
- Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-22.726, CCC, 2015, 2, note N. MATHEY.

Secret professionnel de l'avocat

- CJCE, 27 juin 2007, C-305/05 ; *D*. 2008, n° 14, p. 944-953, obs. B. BLANCHARD.
- Cass. 1re civ., 8 mars 2012, n° 10-26.288, *Rev. soc*. 2012, n° 6, p. 379-385, note E. DEZEUZE.
- CEDH, 6 décembre 2012, Michaud c/ France, n° 12323/11, *Lexbase Pénal*, 2021, n° 37, obs. O. BACHELET.

IX. DECISIONS AUTORITES ADMINISTRATIVES

Autorité de la concurrence

- Aut. conc., déc. n° 11-D-02, 26 janvier 2011relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.
- Aut. conc., déc. n° 22-D-06, 22 févr. 2022, relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité.
- Aut. conc., déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes.

Autorité des marchés financier

- AMF, Commission des sanctions, 17 avril 2020, SAN-2020-04, *D*. 2020, p. 1344, note D. SCHMIDT, p. 134 ; *Dr. Sociétés* 2020, n° 83, note J. GRANOTIER ; *BJB* mai 2020, n° 119a9, p. 52, note M. SAMUELIAN ; *RTD com*. 2020, p. 406, obs. Th. DE RAVEL D'ESCLAPON.
- AMF, Commission des sanctions, 24 novembre 2011, Allianz Global Investors France, BNP Paribas, Société Générale.

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

- ACPR, 20 juillet 2016, n° 2015-10.
- ACPR, 8 décembre 2016, n° 2015-08.
- ACPR, 19 juillet 2017, n° 2016-07, Société Générale.
- ACPR, 12 juillet 2021, n° 2020-06, American Express Carte France.

Autorité française anticorruption

- AFA, Commission de sanctions, Décision n° 19-01, Société S SAS et Mme C, 4 juillet 2019.
- AFA, Commission des sanctions, Décision n° 19-02, 22 janvier 2020.
- AFA, Commission des sanctions, Décision n° 19-02, Société I. et M.C.K, 7 février 2020.

Commission nationale de l'informatique et des libertés

- CNIL, 17 mars 2011, n° 2011-035.

X. CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC

- CJIP, Société AIRBUS SE, 17 novembre 2022, n° PNF 12.097.072.020 / 1.310.801.454. / 14.197.000.011.
- CJIP UNILABS, 8 décembre 2022, n° PNF 21.245.000.538.
- CJIP Société Crédit Suisse AG, 21 octobre 2022, n° PNF 16.096.000.425.

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe

A

Alerte
- dispositif, 120 ; 131 ; 224 ; 461 et sv. ; 482 ; 502
- lanceur, 4 ; 73 ; 250 et sv. ; 462 et sv.

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), 243 ; 584 ; 591
Autorité des marchés financiers (AMF), 9 ; 145 et sv. ; 265 ; 342 ; 346 ; 365 ; 422 ; 435 ; 442 ; 473 ; 494 ; 504 ; 510 ; 536 ; 543 ; 550 ; 554 ; 567 ; 574 ; 578 et sv. ; 587 ; 598
Auto-dénonciation, 252 ; 426 ; 519 ; 619
Autorégulation, 4 ; 232 et sv. ; 380
Agence française anticorruption, 87 et sv. ; 239 et sv. ; 336 et sv. ; 380 et sv. ; 414 et sv. ; 438 et sv. ; 485 et sv. ; 530 et sv. ; 658

B

Blanchiment d'argent, 113 et sv. ; 243 et sv. ; 259 et sv. ; 432 ; 452 et sv. ; 556 ; 652
Branche du droit, 10 et sv. ; 166 et sv. ; 654
Buts mondiaux monumentaux, 188 et sv. ; 195 et sv. ; 238 ; 413

C

Cartographie des risques, 120 et sv ; 132 ; 224 ; 230 ; 235 ; 240 et sv. ; 249 ; 319 ; 336 et sv. ; 382 ; 386 ; 422 et sv. ; 433 ; 438 et sv. ; 448 et sv. ; 519 et sv. ; 644 ; 656 et sv.
***Clarifying Lawful Overseas Use of Data* (Cloud act)**, 94 et sv
Code de conduite, 120 ; 377 et sv. ; 415 ; 433 ; 439 ; 457 et sv. ; 471 et sv. ; 492 ; 502 ; 654 ; 657
Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), 105 ; 301 ; 308 ; 342 ; 353 ; 414 ; 472 et sv. ; 497 ; 505 ; 516 ; 533 et sv. ; 553 ; 565 ; 572 et sv.
***Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO)**, 350 et sv. ; 430 et sv.
Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), 587 ; 624 ; 632 ; 658
Compliance,
- culture de, 240 ; 379 ; 403 et sv. ; 418 et sv. ; 656 et sv.
- *officer*, 163 ; 341 et sv. ; 366 ; 384 ; 417 et sv. ; 434
- l'obligation de, 299 et sv. ; 353 ; 379 et sv. ; 542 ; 611 ; 640 ; 652
- programme de, 3 ; 85 ; 141 ; 240 ; 249 et sv. ; 329 et sv. ; 342 ; 383 ; 408 ; 419 et sv. ; 438 et sv. ; 450 ; 461 ; 508 ; 523

Convention judiciaire d'intérêt public, 87 et sv. ; 511 ; 577 ; 606 et sv.
Coopération, 48 ; 62 et sv. ; 83 et sv. ; 97 ; 240 ; 505 ; 511 ; 549 et sv. ; 577 ; 606 et sv. ; 625 ; 628 et sv. ; 648
Corruption, 3 et sv. ; 45 ; 48 ; 53 ; 64 ; 73 ; 77 ; 81 et sv. ; 113 ; 119 et sv. ; 198 et sv. ; 236 ; 243 ; 248 et sv. ; 282 ; 286 ; 298 ; 300 ; 304 ; 310 ; 319 et sv. ; 336 et sv. ; 376 ; 380 et sv. ; 438 et sv. ; 477 ; 494 ; 502 ; 545 ; 549 ; 563 ; 573 et sv. ; 614 ; 620 ; 625 ; 632

D

Department of justice, 3 ; 45 ; 77 ; 82 et sv. ; 462 ; 625
Détection, 73 ; 115 et sv. ; 125 ; 132 ; 252 ; 269 ; 280 ; 298 ; 363 ; 380 ; 396 ; 432 et sv. ; 457 et sv. ; 492 ; 520 ; 550 ; 554 ; 563 ; 573 ; 577 ; 656
Dirigeant, 9 ; 56 ; 67 ; 82 ; 141 ; 150 ; 216 ; 243 ; 256 ; 274 ; 305 ; 310 ; 333 ; 340 ; 345 ; 355 ; 362 ; 367 ; 373 ; 379 ; 406 ; 419 et sv. ; 443 et sv. ; 454 et sv. ; 486 ; 491 et sv. ; 508 ; 511 ; 516 ; 584 ; 614 ; 631 et sv. ; 656

Droits fondamentaux, 32 et sv. ; 43 ; 49 ; 53 ; 101 et sv. ; 121 et sv. ; 131 ; 134 ; 205 ; 213 ; 299 ; 451 ; 510 ; 637 et sv. ; 653

E

Enquête interne, 73 ; 83 ; 457 ; 472 ; 482 et sv. ; 511 ; 611 ; 614 ; 620 ; 631 et sv. ; 658
Ex ante, 9 ; 13 ; 17 ; 87 ; 135 et sv. ; 141 ; 191 ; 225 ; 256 ; 363 ; 379 ; 542 ; 573 ; 611 ; 637 ; 644 ; 653
Ex post, 87 ; 135 ; 141 ; 225 ; 245 ; 256 ; 531 ; 573 ; 644 ; 649 ; 563
Extraterritorialité, 82 ; 94 ; 304 et sv. ; 655

F

***Foreign corrupt practices act* (FCPA)**, 3 ; 79 et sv.

G

Groupe de sociétés, 298 ; 304 ; 306 et sv.
Guerre économique, 24 ; 81 et sv. ; 90 ; 108

I

Incitation, 3 ; 64 ; 141 ; 148 ; 219 ; 230 ; 235 ; 239 et sv. ; 403 ; 414 ; 511 ; 583 ; 642 ; 656

L

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 (Loi Sapin 2), 10 ; 79 ; 87 et sv. ; 131 ; 224 et sv. ; 231 ; 243 ; 248 et sv. ; 298 et sv. ; 306 ; 310 ; 319 ; 339 ; 342 ; 351 ; 354 ; 373 ; 380 ; 385 et sv. ; 395 ; 410 ; 419 ; 432 et sv. ; 448 et sv. ; 461 et sv. ; 471 et sv. ; 480 ; 511 ; 545 ; 563 ; 612 ; 619 et sv. ; 631
LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (Loi Vigilance), 123 et sv. ; 194 ; 225 ; 240 ; 249 ; 253 ; 299 et sv. ; 307 ; 311 ; 317 ; 344 ; 351 ; 374 ; 410 ; 431 ; 438 et sv. ; 450 ; 461 ; 470 ; 492 ; 503 ; 640

M

Multinationales, 41 et sv. ; 73 et sv. ; 89 ; 122 ; 146 ; 213 ; 299 et sv. ; 316 ; 383 ; 391

N

Non bis in idem, 87 et sv. ; 593

O

OCDE, 65 sv. ; 82 ; 88 ; 113 ; 119 ; 146 ; 213 ; 225 ; 236 ; 252 ; 299 ; 314 ; 320 ; 339 ; 351 ; 354 ; 372 ; 377 ; 399 ; 444 ; 449 ; 438 ; 454 ; 511 ; 536 et sv. ; 549 ; 555 ; 573 ; 577 ; 583 ; 593 ; 612 ; 626

P

Parquet national financier (PNF), 88 sv. ; 449 ; 462 ; 486 ; 490 ; 511 ; 577 ; 611 et sv. ; 620 ; 625 et sv. ; 632 ; 648
Plan d'action, 145 sv. ; 151 ; 363 ; 368 et sv. ; 457 et sv. ; 555 ; 656 et sv.
Prévention, 33 ; 65 ; 84 ; 87 ; 101 ; 113 ; 146 ; 193 ; 225 et sv. ; 244 ; 253 ; 268 ; 278 ; 281 ; 293 ; 298 ; 316 ; 339 ; 344 ; 351 ; 372 ; 380 ; 386 ; 399 ; 433 ; 438 et sv. ; 454 ; 457 et sv. ; 492 ; 511 ; 531 ; 541 ; 563 ; 573 ; 577 ; 583 ; 637 ; 641 et sv. ; 650 et sv.
Programme de mise en conformité, 5 ; 577 ; 620 ; 632

R

Règlement général de protection des données, 130 et sv. ; 380 ; 439 ; 505 ; 553 ; 585 ; 591
Responsabilité juridique,
- de l'entreprise, 15 ; 44 et sv. ; 72 et sv. ; 124 ; 151 ; 197 et sv. ; 231 et sv. ; 299 ; 304 ; 316 ; 372 ; 391 et sv. ; 448 ; 486 ; 510 ; 516 ; 644 et sv.
- de l'État, 28 ;

- du dirigeant, 153 ; 174 ; 305 ; 422 ; 443 ; 631 et sv.

Responsabilité sociale de l'entreprise, 211 et sv ; 399 ; 422 ; 450

Révélation, 223 ; 252 ; 329 ; 400 ; 441 ; 457 ; 471 ; 477 ; 479 ; 507 et sv. ; 619 ; 631

S

Sarbanes-Oxley Act, 4 ; 430 ; 434 ; 462

Secret,

- accord, 503
- d'affaire, 85 ; 600
- de l'instruction, 490 ; 615 ; 625
- professionnel, 260 ; 268 ; 366 ; 479 ; 494 et sv. ; 516 ; 573 ; 578 ; 638

Superviseur, 136 et sv. ; 226 ; 239 ; 249 ; 527 et sv. ; 638 ; 644 ; 651 et sv.

T

Transparence, 4 ; 62 ; 66 ; 75 ; 125 ; 136 ; 142 ; 148 ; 202 ; 253 ; 501 et sv. ; 611

Table des matières

INTRODUCTION **1**

I. Les origines de la compliance *2*
A. L'origine américaine du concept de « compliance » *3*
B. L'utilisation d'un anglicisme *6*
II. Les tentatives de définition de la compliance *8*
A. Les disparités de conception de la compliance par la doctrine *8*
1. Les différentes conceptions doctrinales de la compliance 9
2. La construction discutée d'un droit de la compliance 12
B. La notion d'entreprise au cœur de la compliance *14*

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* **23**

TITRE 1 : L'IDENTIFICATION DES ENJEUX D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* **25**

CHAPITRE 1 : LE DROIT DE LA *COMPLIANCE* AU SERVICE DE LA REALISATION DES MISSIONS DE L'ÉTAT **29**

SECTION 1 : LA *COMPLIANCE* OUTIL DE REGULATION DES EFFETS DE LA GLOBALISATION **31**

§1. L'ECHEC DE L'ACTION CLASSIQUE DES POUVOIRS PUBLICS FACE A LA GLOBALISATION 32
A. Les devoirs de l'État face aux problématiques nées de la globalisation *32*
1. Les responsabilités de l'État 32
a. La sécurité publique 33
b. La protection des droits fondamentaux 35
2. Les problématiques nées de la globalisation 42
a. Le développement d'une criminalité transnationale 43
b. Le développement d'acteurs économiques transnationaux incontrôlables 44
B. L'inadaptation de la réponse étatique aux problématiques nées de la globalisation *49*
1. Les difficultés liées à la criminalité transnationale 49
2. Les difficultés spécifiques aux multinationales 51
a. Les obstacles procéduraux 52
b. Les obstacles matériels à la responsabilité des entreprises transnationales 55
§2. LA SOLLICITATION DES OPERATEURS ECONOMIQUES DANS LA REGULATION DES EFFETS DE LA GLOBALISATION 58
A. La possibilité ouverte à l'entreprise de concourir à la réalisation de l'intérêt général *59*
1. L'entreprise en charge d'une mission de service public 60
2. La responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise 61
a. Un cadre mondial incitatif 62
b. Le cadre législatif national 65
B. L'obligation de l'entreprise de concourir à la réalisation de l'intérêt général *70*
1. La responsabilité de l'entreprise fondée sur sa puissance technique et économique 70
a. Une responsabilité antérieurement retenue par le juge 70
b. Une responsabilité nouvelle reconnue par la *compliance* 71
2. La responsabilité de l'entreprise fondée sur sa puissance politique 73

SECTION 2 : LA *COMPLIANCE* OUTIL DE PUISSANCE ECONOMIQUE **78**

§1. LA VOLONTE POLITIQUE DE PROTECTION DES INTERETS ECONOMIQUES FRANÇAIS FACE AUX LEGISLATIONS ETRANGERES OFFENSIVES 78
A. L'instrumentalisation du droit comme arme de guerre économique *78*
1. Une compétence extraterritoriale excessive des autorités de poursuites américaines 79
2. Une procédure intrusive 83
B. L'efficacité de la compliance face à l'interventionnisme des autorités publiques étrangères *85*
1. Les facteurs de compétitivité de la législation anticorruption française 85

2. L'application nuancée du principe non bis in idem international 87
§2. LA NECESSITE D'UNE DIMENSION EUROPEENNE DE LA *COMPLIANCE* POUR PESER DANS LE JEU DE LA CONCURRENCE LEGISLATIVE MONDIALE 91
A. La puissance politique de l'Union européenne 92
1. Une politique de puissance européenne 92
2. La réalisation d'une politique de puissance dans le cadre du numérique 93
B. La capacité de l'Union européenne à importer une vision humaniste de la compliance 97
1. La vision humaniste de la compliance propre à l'Union européenne 97
a. Une vision humaniste historique dans l'Union européenne 97
b. Une vision humaniste de la *compliance* 99
2. L'influence de la vision européenne par l'attractivité de son marché intérieur 100
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 105
CHAPITRE 2 : LA MISE EN ORDRE D'UN DESORDRE LEGISLATIF PAR LA CREATION D'UN DROIT 107
SECTION 1 : LE DEVELOPPEMENT DESORDONNE DE LA *COMPLIANCE* 108
§1. LA COMPLEXIFICATION DES SOURCES DU DROIT PAR LA MULTIPLICATION DES LOIS DE *COMPLIANCE* 109
A. La compliance dans le domaine bancaire et financier 111
B. La compliance en droit des sociétés 114
1. La lutte contre la corruption 114
2. La protection des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement 116
3. La lutte contre la déforestation 119
C. La compliance en droit du numérique 120
1. L'obligation de protection des données personnelles 121
2. La protection des réseaux et systèmes d'information 125
3. La régulation des réseaux sociaux 129
§2. LA CONFUSION QUANT A LA NATURE DES NORMES PAR LE RECOURS CROISSANT AUX TECHNIQUES DE *COMPLIANCE* 132
A. L'utilisation d'instruments opérationnels de la compliance 132
1. L'incitation à la compliance, l'exemple du droit de la concurrence 133
2. L'obligation de transparence, l'exemple du rapport de durabilité 134
B. Les normes visant la responsabilisation des opérateurs économiques 138
1. L'obligation de diligence raisonnable dans la gestion des enjeux sociaux et environnementaux de la société 138
2. L'incitation à adopter une raison d'être 140
SECTION 2 : LA CONSTRUCTION ORDONNEE D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 144
§1. L'ORDONNANCEMENT PAR LA CONSTITUTION D'UNE DISCIPLINE JURIDIQUE 144
A. La constitution d'une nouvelle discipline 145
1. La définition de la discipline juridique par sa fonction 145
2. La reconnaissance institutionnelle d'une discipline 146
B. L'identification d'une nouvelle discipline : le droit de la compliance 148
1. Critère de l'identification de la compliance comme discipline juridique 148
2. Opportunité de l'identification d'une nouvelle discipline 150
§2. L'ORDONNANCEMENT PAR LA RECONNAISSANCE D'UNE BRANCHE DU DROIT 151
A. La notion traditionnelle de branches du droit 152
1. La détermination d'un ensemble cohérent et autonome 152
a. La détermination d'un « ensemble cohérent » 152
b. La détermination d'un ensemble « autonome » 154
2. La crise de la notion de branche 158
B. Le renouvellement de la notion de branche 160
1. L'abandon du critère d'autonomie 160
2. L'admission de la transversalité des branches du droit 162

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 165

CONCLUSION DU TITRE 1 167

TITRE 2 : LES CRITERES D'IDENTIFICATION DES NORMES RELEVANT D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* .. 169

CHAPITRE 1 : LES CRITERES TENANT A LA FINALITE D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 173

SECTION 1 : LA POURSUITE D'OBJECTIFS D'INTERET GENERAL 174

§1. LA NOTION DE BUTS MONDIAUX MONUMENTAUX 174

A. La nature des buts mondiaux monumentaux 174

1. Un droit téléologique 174
2. Des buts mondiaux et monumentaux 176
   a. Des buts monumentaux 176
   b. Des buts mondiaux 177

B. La convergence de buts mondiaux monumentaux de nature diverse 179

1. Des objectifs de nature diverse 179
   a. La responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordres 179
   b. La lutte contre la corruption 180
   c. Lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme 181
   d. La protection des données personnelles 181
   e. La protection de l'environnement 182
   f. La responsabilité des réseaux sociaux 182
   g. L'Intelligence artificielle 183
   h. La cybersécurité 184
   i. La lutte contre la déforestation 185
2. La convergence des buts autour d'une conception humaniste 186

§2. L'EMANCIPATION DE LA NOTION DE « RESPONSABILITE SOCIALE DE L'ENTREPRISE » 187

A. La confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » 187

1. L'objet de la confusion entre les notions de « compliance » et de « responsabilité sociale de l'entreprise » 187
   a. Des objectifs communs 187
   b. Le « durcissement » de la responsabilité sociale de l'entreprise 189
2. La problématique de la confusion entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » 190

B. Les critères de distinction entre les notions de « compliance » et de « responsabilité sociale de l'entreprise » 191

1. Une distinction entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » fondée sur la nature de la norme 191
2. La distinction entre les notions de « responsabilité sociale de l'entreprise » et de « compliance » fondée sur la volonté 193

SECTION 2 : LA REALISATION D'OBJECTIFS D'INTERET GENERAL 195

§1. LA REGULATION *EX ANTE* 195

A. Des obligations structurelles de résultat 195

1. Des obligations structurelles visant la prévention du risque 196
   a. L'internalisation d'obligations structurelles dans l'entreprise 196
   b. L'intervention de la *compliance ex ante* 197
2. Une obligation de résultat 199

B. Une obligation de moyen 200

1. La responsabilisation des opérateurs économiques 200
   a. Un « droit réflexif » 200
   b. La théorie de la « gouvernance » 202
   c. Une « corégulation » 204

2. L'obligation de vigilance 204
a. La notion internationale de *due diligence* 204
b. Le devoir de vigilance dans la *compliance* 207
§2. LA REGULATION EX POST 214
A. La détection de l'infraction au sein de l'entreprise *215*
1. Les procédures de contrôle 215
a. Des procédures d'auto-contrôle 215
b. Des procédures de contrôle des tiers 215
2. La vigilance des salariés 216
B. La collaboration de l'entreprise avec les autorités publiques *217*
1. Un outil de révélation 218
2. Des obligations de transparence 218

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 221

CHAPITRE 2 : LES CRITERES TENANT AU SUJET D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 223

SECTION 1 : LE SUJET D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* EN RAISON DE LA NATURE DE SON ACTIVITE 224

§1. LES PROFESSIONNELS APTES A LUTTER CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME 224
A. Les assujettis du secteur financier et de l'assurance *226*
1. Les organismes assujettis 226
a. Les organismes du secteur financier 226
b. Les organismes du secteur de l'assurance 228
2. L'appréhension des circuits internationaux 229
B. Les assujettis du secteur non financier *231*
1. Les professionnels du droit assujettis 231
a. Les avocats 231
b. Les autres professions juridiques 233
2. Les professionnels du chiffre assujettis 235
3. Les professionnels du secteur de l'immobilier assujettis 236
4. Les professionnels du secteur du jeu assujettis 237
5. Les professionnels de la vente de biens meubles 239
6. Les sociétés de domiciliation 241
7. Les agents sportifs 242
§2. L'ENTREPRISE APTE A LUTTER CONTRE LA CYBERCRIMINALITE 243
A. Les opérateurs d'importance vitale *244*
B. Les statuts issus de la législation européenne *244*
1. Les opérateurs de service essentiels 245
2. Les fournisseurs de service numérique 245

SECTION 2 : LES SUJETS D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* EN RAISON DE LEUR PUISSANCE ECONOMIQUE 247

§1. LA SELECTION DE L'ENTREPRISE EN RAISON DE SA PUISSANCE ECONOMIQUE 247
A. Les entreprises de taille significative *247*
1. La sélection de l'entreprise de taille significative par la méthode des seuils 248
a. L'illustration de la méthode du double seuil de la loi Sapin 2 248
b. L'illustration de la méthode du seuil unique de la loi vigilance 249
2. L'absence de cohérence quant aux critères de sélection entre les différentes législations 253
B. Les entreprises écartées *254*
§2. LE RAYONNEMENT DE LA *COMPLIANCE* 256
A. Par-delà les frontières étatiques et de la personnalité juridique *256*
1. L'approche économique par-delà les frontières de la personnalité juridique 257
2. La compliance par-delà les frontières étatiques 262
B. Par-delà les sujets directs *265*

1. La notion internationale de « sphère d'influence » 266
2. L'extension des obligations de compliance à la sphère d'influence de l'entreprise 268

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 273

CONCLUSION DU TITRE 2 275

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 277

PARTIE 2 : LE REGIME D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 279

TITRE 1 : LE VOLET PREVENTIF D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 281

CHAPITRE 1 : LES OUTILS DE PREVENTION DES RISQUES 285

SECTION 1 : LE TRAITEMENT DES RISQUES 287

§1. LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES 288
A. La finalité de la cartographie des risques 289
1. Le pilotage de l'entreprise 289
2. Le pilotage de la cartographie 291
a. La conception de la cartographie 291
b. La direction de la cartographie 296
B. L'élaboration de la cartographie des risques 299
1. L'identification du risque 299
a. La détermination des objectifs de l'entreprise 299
b. Les techniques d'identification des risques 303
2. L'évaluation du risque brut 309
a. La définition du risque brut 309
b. Les méthodologies d'évaluation du risque brut 310
§2. LA CONSTRUCTION D'UNE POLITIQUE DE GESTION DES RISQUES 312
A. Le traitement du risque net 313
1. La définition du risque net 313
2. La classification des stratégies de traitement du risque net 313
B. L'aboutissement du traitement des risques 315
1. La formalisation de la cartographie des risques 316
2. Le plan d'action 318

SECTION 2 : LA SENSIBILISATION DES ACTEURS DE L'ENTREPRISE 326

§1. LE CODE DE CONDUITE 326
A. L'élaboration du code de conduite 327
1. La nature du code de conduite 327
2. Les conditions d'élaboration du code de conduite 329
a. Les conditions de fond 329
b. Les conditions de forme 332
B. La force normative du code de conduite 334
1. La force normative du code de conduite pour l'entreprise 336
a. Les effets juridiques des codes de conduite par la qualification du juge 336
b. Les effets juridiques des codes de conduite par la technique des standards 342
2. La force obligatoire du code de conduite pour les parties prenantes de l'entreprise 345
a. La force obligatoire du code de conduite pour les salariés 346
b. La force obligatoire du code de conduite pour les partenaires économiques 348
§2. L'IMPULSION D'UNE « CULTURE DE LA *COMPLIANCE* » 353
A. La dimension culturelle de la compliance 353
1. L'influence du droit au sein de la « culture d'entreprise » 354
a. Le concept de « culture d'entreprise » 354
b. L'influence de la « culture juridique » au sein de l'entreprise 355

2. Le concept de « culture de compliance » ... 356
B. La diffusion d'une « culture de la compliance » ... 357
1. La formation des salariés ... 357
a. Les objectifs de formation ... 358
b. Les méthodes de formation ... 360
2. « Tone from the top » ... 364
a. L'impulsion d'une « culture de compliance » par le plus haut niveau hiérarchique de la société 364
b. Le rôle des associés dans la promotion d'une « culture de compliance » ... 367

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ... 371

CHAPITRE 2 : LES OUTILS DE DETECTION DES MANQUEMENTS AUX OBLIGATIONS DE *COMPLIANCE* ... 375

SECTION 1 : LES MOYENS DE DETECTION ... 376

§1. LE DISPOSITIF DE CONTROLE ET D'EVALUATION DU PROGRAMME DE *COMPLIANCE* ... 376
A. Les dispositifs de contrôles généraux ... 376
1. Le contrôle interne ... 377
a. La mise en œuvre du contrôle interne ... 378
b. Les acteurs du contrôle interne ... 381
2. L'audit interne ... 385
a. La mise en œuvre de l'audit des programmes de *compliance* ... 385
b. Les acteurs de l'audit des programmes de *compliance* ... 389
B. Les dispositifs de contrôles particuliers ... 392
1. L'évaluation des tiers ... 392
a. L'évaluation des tiers pour la protection des données personnelles ... 393
b. L'évaluation des tiers dans la lutte contre la corruption ... 394
c. L'évaluation des tiers dans la loi vigilance ... 397
d. L'évaluation des tiers dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ... 399
2. Le contrôle comptable anticorruption ... 400
a. La mise en œuvre du contrôle comptable anticorruption ... 401
b. Les acteurs du contrôle comptable anticorruption ... 404
§2. LE DISPOSITIF D'ALERTE ... 405
A. Les conditions de la protection du lanceur d'alerte ... 407
1. La définition légale du lanceur d'alerte ... 407
2. Les conditions procédurales de la protection du lanceur d'alerte ... 410
a. L'alerte interne ... 411
b. L'alerte externe ... 418
c. La divulgation publique ... 418
B. La nature de la protection du lanceur d'alerte ... 419
1. La protection juridique du lanceur d'alerte ... 419
a. La protection juridique du lanceur d'alerte contre les représailles ... 419
b. La garantie de l'irresponsabilité du lanceur d'alerte ... 422
2. L'assistance du lanceur d'alerte ... 423

SECTION 2 : LES CONSEQUENCES DE LA DETECTION ... 427

§1. L'ENQUETE INTERNE ... 427
A. La conduite de l'enquête interne ... 428
1. Le rôle central de l'enquête interne dans la procédure de compliance ... 428
2. La détermination jurisprudentielle et régulatrice des principes régissant l'enquête interne ... 430
a. Le déroulement de l'enquête interne ... 430
b. La clôture de l'enquête interne ... 434
B. Le sort des informations collectées lors de l'enquête interne ... 437
1. La protection relative offerte par l'avocat ... 437
2. L'absence de protection des avis juridiques ... 438

a. Les enjeux de la protection des avis juridiques en matière de *compliance* 438
b. Les débats relativement à la forme de protection opportune pour les avis juridiques 440
§2. LES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE 443
A. Le reporting *443*
1. Une obligation de communication des données 444
2. Une obligation de conservation des données 446
B. L'information des autorités compétentes *448*
1. La révélation spontanée des faits 448
a. Le droit de ne pas s'auto-incriminer 448
b. L'incitation à la révélation spontanée 452
2. Les obligations d'information des autorités compétentes 453
a. La déclaration des incidents de sécurité 453
b. La déclaration de soupçon 454

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 459

CONCLUSION DU TITRE 1 461

TITRE 2 : LE VOLET REPRESSIF D'UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* 465

CHAPITRE 1 : LES AUTORITES DE SUPERVISION DE LA *COMPLIANCE* 469

SECTION 1 : LES AUTORITES DE SUPERVISION 471

§1 : LA SUPERVISION DE LA *COMPLIANCE* PAR DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES 471
A. La nature des autorités de supervision de la compliance *472*
1. L'autorité administrative 472
a. L'autorité 472
b. La nature administrative du superviseur 473
2. Les garanties d'indépendance des autorités de supervision 474
a. Les garanties d'indépendance du superviseur quant à ses membres 475
b. Les garanties de fonctionnement du superviseur quant à ses moyens fonctionnels 477
B. La diversité des superviseurs *479*
1. Les autorités administratives indépendantes 480
2. Les autorités publiques indépendantes 482
3. Les services à compétence nationale 483
§2 : LE MAILLAGE DES AUTORITES DE SUPERVISION 485
A. La collaboration des autorités de supervision au niveau national *485*
1. La collaboration des superviseurs en raison de la porosité des buts monumentaux poursuivis 485
2. La collaboration des superviseurs en raison de la diversité des sujets de la compliance 485
B. La collaboration des autorités de supervision au niveau européen *487*
1. La nécessité d'une collaboration européenne en raison du caractère transnational des buts monumentaux 488
a. La recherche d'un consensus 488
b. Le partage d'informations 489
2. La création d'un superviseur européen 493

SECTION 2 : LE ROLE DES AUTORITES DE SUPERVISION 495

§1 : LE ROLE PREVENTIF DES AUTORITES DE SUPERVISION 495
A. Le pouvoir consultatif des autorités de supervision *495*
1. Le pouvoir consultatif simple 496
2. La certification 499
B. Le pouvoir réglementaire *500*
§2 : LE ROLE REPRESSIF DES AUTORITES DE SUPERVISION 502
A. Le pouvoir d'investigation *502*
1. Les manifestations du pouvoir d'investigation 502

a. Le contrôle de la mise en œuvre des dispositifs de *compliance* 502
b. La collaboration des sujets de la *compliance* avec les autorités de poursuites 508
2. La sanction des entraves aux contrôles 511
B. Le pouvoir de sanction 513
1. Les manifestations du pouvoir de sanction 514
a. La nature des sanctions 514
b. Les alternatives aux sanctions 518
2. Les garanties attachées au pouvoir de sanction 520
a. Les garanties substantielles 521
b. Les garanties procédurales 524

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 531

CHAPITRE 2 : L'ACTION PUBLIQUE 533

SECTION 1 : LA JUSTICE NEGOCIEE 534

§1. LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC 534
A. La négociation de la convention judiciaire d'intérêt public 535
1. L'entrée en négociation 535
a. Les conditions d'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public 535
b. L'enquête préalable à l'ouverture de la convention judiciaire d'intérêt public 536
2. Les modalités de négociation 538
B. Les effets de la convention judiciaire d'intérêt public 540
1. Les obligations issues de la convention judiciaire d'intérêt public 540
a. L'amende d'intérêt public 541
b. Le programme de mise en conformité 542
c. La réparation du préjudice causé aux victimes 545
2. Les effets internationaux de la convention judiciaire d'intérêt public 549
§2. LA VALIDATION DE LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC 550
A. L'ordonnance de validation du juge 550
B. Le sort des personnes physiques 553

SECTION 2 : LE ROLE DU JUGE DANS LA *COMPLIANCE* 558

§1. LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX PAR L'ACTION DU JUGE 558
A. La garantie des droits fondamentaux par le juge dans la mise en œuvre des outils de la compliance 558
B. La garantie des droits fondamentaux par le juge dans la mission du régulateur 560
§2. LA SUBSTITUTION DU JUGE AU SUPERVISEUR DANS LE DEVOIR DE VIGILANCE DES SOCIETES MERES ET DONNEUSES D'ORDRE 562
A. Les conditions procédurales strictes de la saisie du juge pour manquement aux obligations de vigilance 562
B. La responsabilité civile de la société donneuse d'ordre 566
1. La faute 566
2. Le dommage 568
3. Le lien de causalité 569

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 573

CONCLUSION DU TITRE 2 575

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 577

CONCLUSION GENERALE 579

BIBLIOGRAPHIE 585

I. OUVRAGES GENERAUX : MANUELS, PRECIS ET TRAITES 586
II. OUVRAGES SPECIAUX : THESES ET MONOGRAPHIES 587
A. THESES 587
B. MONOGRAPHIE 588
III. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES ET FASCICULES 590
A. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES 590
B. FASCICULES 590
IV. ARTICLES DE COLLOQUES, D'OUVRAGE COLLECTIFS ET DE MELANGES 592
V. ARTICLE DE REVUES 601
VI. RAPPORTS ET ETUDES 612
VII. RESSOURCES INFORMATIQUES 615
VIII. JURISPRUDENCES 619
IX. DECISIONS AUTORITES ADMINISTRATIVES 632
X. CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC 633

INDEX 635

Titre et résumé en français : L'émergence d'un droit de la compliance

La compliance est une notion qui ne fait pas consensus : tantôt désignée comme une simple démarche de conformité de l'entreprise à la loi, tantôt comme une méthode d'efficacité de la loi, elle a pu être associée à la responsabilité sociétale des entreprises et à l'éthique des affaires. Son développement exponentiel ces dernières années dans le paysage législatif français et européen en diverses matières et divers codes a rendu nécessaire l'organisation de la compliance en une véritable matière, voire une nouvelle branche du droit, pour laquelle il convient d'identifier un système cohérent de normes avec une méthode et des principes propres et de dégager un régime uniforme.

Titre et résumé en anglais : The emergence of compliance law

Compliance is a concept that doesn't have a consensus: sometimes referred to as a simple approach to corporate compliance with the law, sometimes as a method of making the law effective, it has been associated with corporate social responsibility and business ethics. Its exponential development in recent years in the French and European legislative in various matters and codes has made it necessary to organize compliance into a real subject, or even a new branch of law, for which it is appropriate to identify a coherent system of standards with its own method and principles and to establish a uniform regime.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles

Mots-clés :

Compliance – Corégulation – Buts mondiaux monumentaux – Supervision
Compliance – Co-regulation - Monumental world goals - Supervision

---

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :

Université de Montpellier – UFR Droit – Laboratoire Innovation Communication et Marché, 14 rue du Cardinal de Cabrières, 34 060 Montpellier.