

Claire TERRISSE

Master 2  
Droit Fondamental des Affaires

Droit privé

# Compliance et devoir de vigilance en droit des sociétés

Directrice du mémoire :  
**Sandrine TISSEYRE**



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2020 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



*Claire TERRISSE*

*Master II Droit fondamental des affaires*

**Année universitaire 2019/2020**

**SUJET DU MÉMOIRE**

**Compliance et devoir de vigilance  
en droit des sociétés**

**DIRECTEUR DU MÉMOIRE :**

Madame Sandrine TISSEYRE  
Professeur des Universités

**UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE**

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - [www.ut-capitole.fr](http://www.ut-capitole.fr)

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver  
les opinions particulières de l'auteur ».*

## REMERCIEMENTS

*L'écriture d'un mémoire est un travail solitaire, d'autant plus que cette année aura été marquée par un départ précipité de la faculté en raison de la crise sanitaire qui nous a tous affecté, de près comme de loin. C'est pourquoi la réussite de mon travail d'écriture a, incontestablement, dépendu du soutien reçu.*

*À ce titre, je tiens à remercier,*

*Madame le Professeur Tisseyre pour sa disponibilité, ses précieux conseils et son appui lors de mes recherches et la rédaction de mon mémoire,*

*Madame le Professeur Macorig-Venier qui m'a donné la chance d'intégrer son master II et qui a témoigné de son soutien à l'ensemble de la promotion tout au long de l'année, et ce, malgré le contexte particulier de cette année universitaire.*

*Puis, je souhaite remercier ma famille et mon entourage. Merci Maman pour le temps passé à la relecture de mon mémoire et Papa pour tes encouragements. Camille et Pierre, vous êtes ma force. Aussi, merci Cody et Shana pour votre soutien indéfectible.*

# SOMMAIRE

<b>Rermerciements</b>	<b>1</b>
<b>Sommaire</b>	<b>2</b>
<b>Liste des abréviations</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>PARTIE I DEVOIR DE VIGILANCE ET COMPLIANCE, UNE PREMIÈRE PIERRE À L'ÉDIFICE NORMATIF NATIONAL</b>	<b>14</b>
<b>TITRE I VIGILANCE ET <i>COMPLIANCE</i>, UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE ATYPIQUE</b>	<b>14</b>
CHAPITRE I L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU CONCEPT JURIDIQUE	15
Section I : La mondialisation de l'économie, facteur d'accélération du mouvement de <i>compliance</i>	15
Section II : La diffusion d'une culture de la <i>compliance</i>	20
CHAPITRE II LA DIVERSITÉ DES ACTEURS EN CHARGE DE LA <i>COMPLIANCE</i>	24
Section I : L'incontournable alliance de l'État et des autorités de régulation	25
Section II : La délicate intervention du juge	30
<b>CONCLUSION TITRE I</b>	<b>35</b>
<b>TITRE II L'INCITATION À LA PRÉVENTION PAR LA MISE EN PLACE DE MESURES DE CONFORMITÉ</b>	<b>36</b>
CHAPITRE I L'INCITATION PAR L'ÉTAT, DES DÉMARCHES PROMUES	36
Section I : La promotion d'un système préventif	37
Section II : Le renforcement du système préventif en matière d'efficacité et d'évaluation	42
CHAPITRE II L'INCITATION PAR L'ENTREPRISE, DES DÉMARCHES VALORISÉES	46
Section I : La <i>compliance</i> , un indicateur de bonne gouvernance	47
Section II : La <i>compliance</i> , un vecteur de compétitivité	52
<b>CONCLUSION TITRE II</b>	<b>57</b>
<b>CONCLUSION PARTIE I</b>	<b>57</b>

<b>PARTIE II DEVOIR DE VIGILANCE ET COMPLIANCE, UN NOUVEAU SYSTÈME JURIDIQUE À PARFAIRE</b>	<b>58</b>
<b>TITRE I LA DÉLICATE MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DE VIGILANCE ET DE COMPLIANCE</b>	<b>58</b>
CHAPITRE I LE RISQUE DE CONTRADICTION DES DOMAINES D'APPLICATION	59
Section I : La mise en place de seuils distincts, entre silence et imprécisions	59
Section II : Le périmètre des dispositifs de <i>compliance</i> , entre ambiguïté et inégalités	63
CHAPITRE II PRÉVENTION ET SANCTION, UN COMPROMIS IMPOSSIBLE ?	67
Section I : La fonction réparatrice de la <i>compliance</i>	68
Section II : La fonction répressive de la <i>compliance</i>	72
<b>CONCLUSION TITRE I</b>	<b>78</b>
<b>TITRE II VIGILANCE ET COMPLIANCE, ENTRE MYTHE ET RÉALITÉ</b>	<b>78</b>
CHAPITRE I L'ENTREPRISE CONFORME, UN IDÉAL	79
Section I : L'écueil d'une conformité de façade	79
Section II : Des buts monumentaux pour des maux globaux	83
CHAPITRE II DES PROPOSITIONS POUR UN DROIT DE LA COMPLIANCE EFFICIENT	87
Section I : Au niveau interne	88
Section II : Au niveau international	92
<b>CONCLUSION TITRE II</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSION PARTIE II</b>	<b>97</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	<b>98</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>100</b>
<b>Index alphabétique</b>	<b>108</b>
<b>Table des matières</b>	<b>110</b>

# LISTE DES ABRÉVIATIONS

<b>AAI</b>	Autorité administrative indépendante
<b>AFA</b>	Agence française anti-corruption
<b>Afep</b>	Association française des entreprises privées
<b>AFJE</b>	Association française des juristes d'entreprise
<b>AMF</b>	Autorité des marchés financiers
<b>BJS</b>	Bulletin Joly Sociétés
<b>Cass.</b>	Cour de cassation
<b>CCO</b>	<i>Chief compliance officer</i>
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CJIP</b>	Convention judiciaire d'intérêt public
<b>Dir.</b>	Direction
<b>DOJ</b>	<i>U.S Department of Justice</i>
<b>DPA</b>	<i>Deffered prosecution agreement</i>
<b>éd.</b>	Édition
<b>ETI</b>	Entreprise de taille intermédiaire
<b>INSEE</b>	Institut national de la statistique et des études économiques
<b>ISO</b>	Organisation internationale de normalisation
<b>JORF</b>	Journal officiel de la République française
<b>LGDJ</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b>Medef</b>	Mouvement des entreprises de France
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>ONU</b>	Organisation des Nations-Unis
<b>PCN</b>	Points de contacts nationaux
<b>PME</b>	Petite et moyenne entreprise
<b>PNF</b>	Parquet national financier
<b>PUF</b>	Presses universitaires de France
<b>RD banc. fin</b>	Revue de droit bancaire et financier
<b>RIODD</b>	Réseau international de recherche sur les organisations et le développement durable
<b>RJS</b>	Revue de jurisprudence sociale
<b>RSE</b>	Responsabilité sociale des entreprises
<b>SISSE</b>	Service de l'information stratégique et de la sécurité économique
<b>SFO</b>	<i>Serious fraud office</i>
<b>TGI</b>	Tribunal de grande instance
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>UE</b>	Union européenne
<b>UNESCO</b>	Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, la science et le développement

## INTRODUCTION

*« L'entreprise n'a qu'une responsabilité sociale, celle d'utiliser ses ressources et de mener des activités visant à maximiser ses profits dans la mesure où elle respecte les règles du jeu, à savoir qu'elle livre une concurrence libre et ouverte, sans escroquerie, ni fraude. »*

Milton FRIEDMANN

Ce qu'affirmait hier l'économiste Milton FRIEDMANN est un peu moins vrai aujourd'hui. L'entreprise est une réalité économique dont la fonction principale est de « *produire des biens ou des services pour le marché* »<sup>1</sup>. Pourtant, ce n'est plus la seule préoccupation. Dans un monde où les échanges se mondialisent, les règles du marché évoluent. Il n'est plus seulement question de respecter « *une concurrence libre et ouverte, sans escroquerie, ni fraude* », mais d'appréhender et partager des valeurs et des principes davantage éthiques. Et c'est à travers ces nouveaux enjeux moraux que le devoir de vigilance et la *compliance* en droit des sociétés ont considérablement renouvelé le paysage juridique de nos entreprises françaises.

Jamais la société n'aura été aussi exigeante en matière d'éthique. Très tôt, le droit des sociétés s'est emparé des différents défis de l'éthique en considérant que l'entreprise avait un rôle à jouer dans les préoccupations sociales, environnementales et politiques. L'éthique a pour but l'application concrète de ce qui est moralement acceptable, c'est-à-dire conforme aux valeurs de la société et de l'entreprise. Il s'agit d'une réflexion en vue du bien-agir. Le doyen RIPERT affirmait, à propos des sociétés dotées de la personnalité morale que, « *ces personnes, dites morales, n'ont pas de morale* »<sup>2</sup>. Et pourtant !

Par la mondialisation de l'économie, les États ont très tôt compris que la protection sociale et environnementale ne pouvait passer que par le biais des entreprises elles-mêmes pour être efficace. Ainsi, la *compliance* et le devoir de vigilance ont remodelé l'idée d'une entreprise responsable dans le contexte d'une économie mondialisée. La pression de la société civile suite à de multiples controverses et les risques de contentieux auxquelles les entreprises s'exposent ont accéléré cette démarche de responsabilisation. D'autant plus qu'il n'est plus question de contrôler nos seules entreprises françaises

---

<sup>1</sup> Selon l'INSEE, « *l'entreprise est la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes* ».

<sup>2</sup> G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », *LGDJ*, 1947, p.49.



mais aussi leurs filiales et sous-traitants avec lesquels ils entretiennent des relations en externalisant leurs activités dans des pays où la main d'œuvre est abondante et le coût relativement bas.

La *compliance* vient de l'économie. D'origine anglo-saxonne, de nombreux débats perdurent autour de sa véritable signification. Alors que la majorité de la doctrine autorisée l'assimile à la « fonction-conformité », il semblerait que la *compliance* ait d'autres vocations. Il ne s'agit plus de se conformer aux règles de droit, qu'elles soient nationales ou internationales, mais d'adapter une démarche constante de progrès et de gestion des risques. Les contradictions relatives au choix des termes entre *compliance* d'un côté et conformité de l'autre illustrent alors toutes les difficultés auxquelles les entreprises sont aujourd'hui confrontées. Il leur est fait injonction de mettre en œuvre des outils de management des risques sans pour autant réellement comprendre de quoi il s'agit. Alors que les entreprises doivent désormais adapter leurs modèles économiques à de nouvelles exigences, notamment éthiques, il est essentiel de comprendre les différentes étapes qui ont marqué les défis de l'éthique et de la *compliance* dans un monde globalisé.

Depuis plusieurs années, les règles éthiques et déontologiques, d'origine essentiellement privées, se sont multipliées et le mouvement du « *corporate governance* » y a très fortement contribué. Le concept de « gouvernance d'entreprise » s'inscrit depuis quelques années comme une nouvelle réalité de la gestion sociétale. Il s'agit d'un ensemble de principes destinés à cadrer la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée. Dès lors, l'intérêt est de réguler les rapports entre les *shareholders*, les associés et les membres de la direction, et les *stakeholders*, les personnes dites extérieures à la société, les parties prenantes ou tiers intéressés. Au départ, la gouvernance d'entreprise prônait une éthique interne. Les dirigeants avaient pour mission de produire de la valeur pour les associés et ne pas s'enrichir à leur détriment. Titulaire d'un mandat, ces derniers devaient prendre en considération l'intérêt de l'ensemble des membres de la société qu'ils dirigent et non pas seulement leur propre intérêt et celui des actionnaires majoritaires. Plus récemment, le mouvement de *corporate governance* a appréhendé une éthique dite « externe ». De nouvelles considérations morales ont vu le jour, notamment la parité homme-femme et le contrôle des rémunérations. Le Code Afep-Medef, créé en 1995, a contribué au développement des normes de gouvernance et joue un rôle clé dans l'évolution des pratiques de bonne gouvernance. Par exemple, il est recommandé que « *chaque conseil s'interroge sur l'équilibre souhaitable de sa composition et celle des comités qu'il constitue en son sein, notamment en termes de diversité* »<sup>3</sup>. En fait, l'Afep et le MEDEF ont œuvré ensemble pour créer le Code de gouvernement d'entreprises des sociétés cotées. Il s'agit d'un ensemble de recommandations qui permet aux sociétés cotées d'améliorer leur fonctionnement et leur gestion. D'ailleurs, il est indiqué que ces recommandations « *s'adressent aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé* » mais qu'il « *est également souhaitable et recommandé que les autres sociétés appliquent*

---

<sup>3</sup> Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (AFEP-MEDEF).

*ces recommandations en tout ou partie en les adaptant à leurs spécificités* »<sup>4</sup>. Alors que diverses « chartes éthiques » ou « code de conduite » ont vu le jour, il était difficile de réduire la gouvernance d'entreprise à des règles de droit. D'origine doctrinale et mis en œuvre dans un cercle restreint qu'est celui de la société cotée, les intérêts à prendre en considération restaient mal définis. D'ailleurs, l'intérêt de la société elle-même est en pleine mutation. C'est ce que traduit le nouvel alinéa de l'article 1833 du Code civil<sup>5</sup> qui intègre à l'intérêt social la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux.

La réforme de l'article 1833 du Code civil est l'illustration parfaite de la montée en puissance des enjeux de la responsabilité sociale des entreprises, connue sous l'acronyme RSE. La *compliance* entretient un lien étroit avec la RSE puisqu'il s'agit avant tout d'un outil de management des risques. En fait, « *le concept de la responsabilité sociale des entreprises est défini selon l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* »<sup>6</sup>. La prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux a pris de l'ampleur ces dernières années depuis plusieurs affaires qui ont profondément marqué l'opinion publique. En avril 2013, à Dacca (Bangladesh), un immeuble abritant une usine de textile s'est effondré et a provoqué plus de mille morts. Ce bâtiment, conçu pour accueillir des sous-traitants de marques occidentales, présentait de grands signes d'insalubrité, dont notamment des fissures dans les piliers du bâtiment, dénoncés par les ouvriers et ouvrières contraints de rester sur place. Ce drame fait suite à de nombreux autres désastres comme l'affaire Technip en 2010, Total en 2013 pour violation massive des droits de l'homme en Birmanie et Alstom en 2014. Ces catastrophes en cascade ont contribué à une prise de conscience généralisée. L'entreprise s'expose « *à des risques mortels* »<sup>7</sup>.

Appréhendé comme un nouveau standard de gouvernance de l'entreprise, cette démarche de RSE « *implique qu'une entreprise doit non seulement se soucier de sa rentabilité et de sa croissance, mais aussi de ses impacts sociaux, sociétaux et environnementaux* »<sup>8</sup>. Dès lors, la RSE peut être déclinée en trois grands principes : une démarche volontaire, une approche économique, sociale et environnementale, et une réédition des comptes auprès des parties prenantes. Il s'agit d'abord d'une démarche volontaire. Historiquement, la démarche de responsabilité sociale de l'entreprise s'est construite selon une logique de volontariat et implique donc que, de leur propre initiative, les entreprises choisissent, ou non, de s'engager et promouvoir des « *normes liées au développement social, à la*

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

<sup>6</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, Communication sur la responsabilité sociale des entreprises, 2 juillet 2002.

<sup>7</sup> X. BOUCOBZA et Y-M SERINET, « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1619.

<sup>8</sup> V. MERCIER, « De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE », in *RSE & Médiation, Regard croisé France-Canada*, LGDJ, 2018.

*protection de l'environnement et au respect des droits fondamentaux* »<sup>9</sup>. D'ailleurs, le *Global Compact* élaboré par l'ONU précise explicitement qu'il « *est une initiative exclusivement volontaire* »<sup>10</sup>. Ensuite, la RSE repose sur une approche économique, sociale et environnementale. L'un des principes fondamentaux de la RSE est celui de la transparence dans les relations d'affaires. Dès lors, l'entreprise doit diffuser les décisions qu'elle prend, tant sur le plan économique que sur le plan social. Et c'est sur le plan environnemental que la RSE innove puisque désormais, des données extra-financières s'agrègent aux données purement financières. Enfin, le mouvement de RSE nécessite une réédition des comptes auprès des parties prenantes dans le sens où « *les destinataires de cette information sont également plus larges et visent l'ensemble du public, y compris les parties prenantes de l'entreprise, et spécialement les investisseurs qui ont un rôle non négligeable à jouer* »<sup>11</sup> dans le développement d'une entreprise responsable.

Toutefois, « *la nature exclusivement volontariste de la RSE, fondée sur des instruments de soft law, semble cependant avoir montré ses limites* »<sup>12</sup>. En effet, le législateur dresse un cadre général mais les acteurs économiques restent totalement libres d'adhérer ou non à cette démarche éthique. La question est de savoir si les entreprises adoptent ces démarches de RSE car il s'agit de normes de droit ou s'il s'agit d'une norme comportementale née des préoccupations d'une économie mondialisée.

À l'origine, il s'agit d'une quête de rentabilité. Si les entreprises adhèrent à la RSE et l'expose dans des « chartes éthiques » ou des « codes de conduite », c'est parce que cette démarche présente de nombreux avantages juridiques et économiques, à savoir une anticipation des contraintes, une opportunité de différenciation ou encore une réduction des coûts et une possible conquête de nouveaux marchés. Toutefois, en droit des sociétés, la loi est d'inspiration libérale. Il appartient au législateur de fixer les règles mais il ne peut en aucun cas se substituer aux organes sociaux, dépositaires de l'intérêt social. La prise en compte de la RSE en France a marqué un véritablement changement dans la gestion des entreprises françaises. Alors qu'il est d'usage de penser que l'État est en charge de l'intérêt public, la responsabilité sociale des entreprises, d'origine anglo-saxonne, a bouleversé la façon de réguler le comportement de ces entreprises. Dès à présent, ce sont elles qui ont en charge la préservation de l'intérêt général. Les normes privées apparaissent comme des relais de l'action publique.

Alors que la réponse aux problèmes environnementaux, sociaux et sociétaux relèvent d'une sorte d'autorégulation des entreprises, le plus souvent, les démarches restent illusoire et uniquement

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> GLOBAL COMPACT Réseau France, « *Le Global Compact vient s'ajouter aux autres initiatives volontaires et approches régulatrices qui mettent en place un cadre pour les entreprises dans le domaine des Droits de l'Homme, des normes internationales du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Le Global Compact est une initiative exclusivement volontaire destinée à promouvoir l'innovation et la responsabilité sociétale. Beaucoup de standards existants soutiennent les principes du Global Compact et sont donc compatibles avec leurs objectifs* » (en ligne). Disponible sur : <https://www.globalcompact-france.org> (consulté le 29.07.2020).

<sup>11</sup> V. MERCIER, *op.cit.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

justifiées par la seule volonté d'améliorer leur réputation. Certains parlent même de « *greenwashing* » que l'on peut traduire par « éco-blanchiment ». En fait, ce terme anglais fait référence aux campagnes de publicité et aux actions de communication ayant pour but de présenter publiquement, et de façon parfois mensongère, une image de responsabilité environnementale. Par exemple, une entreprise va orienter ses choix marketing et sa communication vers un engagement écologique alors que, le plus souvent, les activités de cette entreprise polluent excessivement. Le but est, par le biais de ces campagnes, de « blanchir » leur image. Il est parfois même question d'une « *instrumentalisation superficielle* » de la responsabilité sociale de l'entreprise ; « *souvent faite de sondages et d'évaluations payés par les entreprises elles-mêmes, et commandés par des cabinets de conseil d'audit* »<sup>13</sup>. Certains considèrent que « *la RSE s'avère être un marché très lucratif, d'abord au service de multinationales cherchant à communiquer pour redorer une image écornée* »<sup>14</sup>. La politique de responsabilité sociale des entreprises est parfois même assimilée à un simple « *gadget marketing* ». En ce sens, il était nécessaire d'adopter « *approche davantage contraignante, impliquant des pouvoirs publics qu'ils imposent plus qu'ils n'incitent, par des mesures législatives, dans un cadre juridique solide, et conforme à la réglementation internationale* »<sup>15</sup>.

Malgré quelques interventions législatives en la matière, comme la loi NRE de 2001<sup>16</sup> instaurant une obligation de *reporting* et les lois Grenelles I<sup>17</sup> et II<sup>18</sup> faisait un lien explicite entre la gouvernance d'entreprise et la RSE<sup>19</sup>, l'OCDE déplore le peu de réactivité française en matière de lutte contre la corruption. Alors qu'une convention internationale sur la lutte contre la corruption a été adoptée en 1997 et signée par la France en 2000, il a été déploré que « *compte tenu du rôle très important joué par les entreprises françaises dans l'économie internationale, seules trente-trois procédures ont été initiées et cinq condamnations – dont une seule, non définitive, concernant une personne morale – prononcées* »<sup>20</sup>. En fait, sous l'effet de la mondialisation et de la libéralisation de l'économie, les grandes entreprises se sont soustraites du contrôle de l'État. De plus en plus organisée et sophistiquée, la délinquance d'affaires devient une délinquance d'organisations criminelles, largement occulte et internationale. Dès lors,

---

<sup>13</sup> A. MOREAU, « Comment McDo et Décathlon réussissent à se présenter comme les entreprises les plus 'cool' de France », *Centre de recherche sur la mondialisation*, 2017 (en ligne). Disponible sur : <https://www.mondialisation.ca> (consulté le 28.07.2020).

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> V. MERCIER, « De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE », in *RSE & Médiation, Regard croisé France-Canada*, LGDJ, 2018.

<sup>16</sup> Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (1), *JORF* n°113 du 16 mai 2001, p.7776, texte n°2.

<sup>17</sup> Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (1), *JORF* n°0179 du 5 août 2009, p.13031, texte n°2.

<sup>18</sup> Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (1), *JORF* n°0160 du 13 juillet 2010, p.12905, texte n°1.

<sup>19</sup> Article 53 de la loi du 3 août 2009, *op.cit.* « *La qualité des informations sur la manière dont les sociétés prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité et l'accès à ces informations constituent des conditions essentielles de bonne gouvernance des entreprises* ».

<sup>20</sup> OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Paris, octobre 2012.

« certaines entreprises ont atteint des dimensions suffisamment importantes pour pouvoir se soustraire, en fait comme en droit, au contrôle des États dans lesquels elles exercent leurs activités voir à la notion même de territoire »<sup>21</sup>. Ainsi, l'échec des États modernes à contrôler par eux-mêmes ces entreprises est particulièrement édifiant, comme le démontre le rapport sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption.

De surcroît, certains pays semblent beaucoup moins impliqués que d'autres. Alors que les États-Unis ont renforcé le contrôle des entreprises en adoptant le *Foreign Corrupt Practices Act* en 1977 et la loi *Sarbanes Oxley* en 2002, suivi de près par le Royaume-Unis avec le *Bribery Act* en 2010, certains pays semblent beaucoup moins concernés que d'autres. Par exemple, la Chine a très longtemps ignoré ces principes de gouvernance d'entreprise. Aussi, en Russie, l'idée émerge principalement grâce aux filiales occidentales implantées dans le pays. Pourtant, et de manière paradoxale, « dans le même temps, la réprobation morale et la répression juridique de la corruption internationale ont progressé à peu près partout dans le monde »<sup>22</sup>. Ceci dit, le décalage entre les différents systèmes juridiques des pays développés a favorisé l'application extraterritoriale de certaines lois américaines ainsi qu'un débordement de la puissance judiciaire des États-Unis d'Amérique à l'encontre des entreprises françaises.

Dès lors, « au moment où se dessinent les contours d'un système qui, en deçà et au-delà des relations inter-étatiques, devient à proprement parler mondial, le besoin se fait sentir, dans de nombreux domaines de la vie économique, sociale et culturelle, de définir de nouvelles règles du jeu, d'établir des normes et des principes de régulation, ou tout simplement de fonctionnement, qui puissent être acceptables pour tous, parce qu'ils reposent sur des valeurs reconnues et partagées par tous »<sup>23</sup>. La France doit s'adapter et proposer de nouveaux outils juridiques à des entreprises qui s'essoufflent, fragilisées par la puissance extraterritoriale américaine. Progressivement, les contours de la *compliance* se dessinent. Il s'agit d'élaborer une réglementation mondiale à l'encontre des entreprises de taille significative. Et les premiers acteurs économiques qui ont mis en œuvre cette nouvelle méthode de régulation sont les banques.

Depuis de nombreuses années, la réglementation a rendu incontournable la notion de *compliance* pour toutes les activités bancaires et financières. Ayant pour activité habituelle de transférer des fonds, les établissements bancaires et financiers ont particulièrement été exposé au caractère transnational des règles de *compliance*. « Si, à l'évidence, les autorités américaines ont une conception très étendue et sans doute contestable du champ d'application de leurs programmes de sanctions unilatérales dans l'espace, celle-ci est en réalité quasiment impossible à contester dans le cadre des procédures transactionnelles, voie procédurale incontournable pour les établissements bancaires et

---

<sup>21</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire* 2019/1 (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> K. MATSUURA, Directeur général de l'UNESCO.

*financiers sous la menace d'une possible interdiction de toute activité sur le sol américain en cas de procès pénal* »<sup>24</sup>. Les contentieux auxquels sont confrontés les établissements bancaires et financiers deviennent alors multiples, protéiformes, et surtout, extraterritoriaux. Il était alors primordial de réguler ce secteur d'activité excessivement exposé aux risques juridiques et économiques. En ce sens, le comité de Bâle a été créé en 1974 avec pour objectif principal d'harmoniser les réglementations relatives aux risques bancaires. Des instances de surveillance ont été consacrées à l'élaboration de principes fondamentaux, notamment en matière de ratio de solvabilité. À titre d'illustration, « *les autorités de contrôle bancaire doivent s'assurer que les banques disposent de politiques, pratiques et procédures appropriées, notamment de critères stricts de connaissance de la clientèle, assurant un haut degré d'éthique et de professionnalisme dans le secteur financier et empêchant que la banque ne soit utilisée, intentionnellement ou non, par des éléments criminels* »<sup>25</sup>. En fait, les règles proposées par le Comité, dit « Accords de Bâle » permettent d'assurer une certaine stabilité du système bancaire et de garantir un contrôle efficace des banques. Pourtant, le Comité de Bâle ne dispose d'aucun pouvoir contraignant juridiquement, à l'instar du Code de gouvernance d'entreprise.

Le devoir de vigilance et la *compliance* ont tiré les conséquences de l'échec des États modernes à contrôler par eux-mêmes les entreprises de taille significative et apparaît comme une sorte de riposte aux sanctions, quelque peu contestables, des autorités américaines à l'encontre des entreprises françaises, et du secteur bancaire en particulier. Les multiples interventions législatives depuis les années 2000 n'ont pas suffi et il était urgent d'élaborer des règles adaptées à une économie mondialisée. En quelques mois, deux textes majeurs viennent considérablement renouveler le paysage législatif français en la matière :

- la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II<sup>26</sup>,
- la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>27</sup>.

Même si la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises existait déjà, l'opinion publique réclamait davantage que les entreprises de taille significative assument pleinement leurs responsabilités dans ce système globalisé. Il ne s'agit plus d'exposer des principes éthiques dans

---

<sup>24</sup> J. MOREL-MAROGER, « La compliance financière, les enseignements de l'affaire BNP Paribas », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & Compliance, Dalloz, 2018, p.69.

<sup>25</sup> COMITÉ DE BÂLE, « Les 25 principes fondamentaux d'un contrôle bancaire efficace », *Bulletin de la Commission bancaire n°17*, novembre 1997.

<sup>26</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>27</sup> 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, 28 mars 2017.

des documents informels mais plutôt de « *dire, faire et prouver* ». Aussi, il ne s'agit plus de proposer des lignes directrices mais d'imposer des règles juridiques et créer une véritable obligation légale de conformité. En reprenant les propos de l'ancien Ministre de l'économie et des finances, Michel SAPIN, « *je crois inacceptable aujourd'hui de regarder une mondialisation décomplexée se développer à grande vitesse sans répondre efficacement aux effets néfastes qu'elle peut engendrer. Nous en avons malheureusement déjà éprouvé les conséquences lors de précédentes catastrophes (...). Il est désormais nécessaire d'agir (...). Le capitalisme doit s'accompagner d'une certaine morale et d'une responsabilisation de tous les acteurs* »<sup>28</sup>.

Encadrer les multinationales par des règles contraignantes était une nécessité mais pas une chose aisée. Les entreprises contribuent à l'économie mais leurs activités peuvent aussi se traduire par des atteintes aux droits humains, à l'environnement et à la probité. Pourtant, élaborer des règles relatives à la *compliance* alors qu'aucune définition du terme n'existe paraissait juridiquement délicat. Alors que « *les États, se sachant dans l'impossibilité de contrôler les activités d'entreprise multi-localisée les chargent d'assurer elles-mêmes la politique de régulation sous la menace de leur pouvoir souverain de sanction civile et pénale pour le cas où les programmes de conformité n'auraient pas été instaurés ou les standards respectés* »<sup>29</sup>, de nombreuses questions restent en suspens.

Après une épopée législative, la loi Sapin II<sup>30</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>31</sup> obligent les grandes entreprises à élaborer, à publier et à mettre en œuvre des mesures adaptées d'identification des risques et de prévention des atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement. Ce mouvement de *compliance*, venu d'Outre-Atlantique, implique de nouveaux devoirs et de nouvelles logiques. « *Qu'il soit qualifié de programme 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' ou de 'plan de vigilance', la méthode est commune. Il s'agit, pour imposer un standard de conformité accrue (...), de contraindre les sociétés importantes à s'inscrire dans une démarche coordonnée, cohérente et efficace de compliance dans les domaines respectivement couverts par chacune des deux dispositions législatives récentes dont relèvent leurs activités* »<sup>32</sup>. Ainsi, les programmes de conformité et les plans de vigilance se déclinent en une liste de mesures à adopter. Parmi ces mesures communes, l'on retrouve une cartographie des risques, un dispositif d'alerte et une procédure d'évaluation des tiers. Par ailleurs, chacun des textes insiste sur l'effectivité et l'efficacité

---

<sup>28</sup> MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, « La proposition de loi sur le devoir de vigilance des entreprises donneuses d'ordre adoptée par l'Assemblée nationale », 21 février 2017 (en ligne). Disponible sur : <https://www.economie.gouv.fr> (consulté le 29.07.2020).

<sup>29</sup> X. BOUCOBZA et Y-M SERINET, « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1619.

<sup>30</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>31</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>32</sup> X. BOUCOBZA et Y-M SERINET, *op.cit.*

de ces programmes. Alors que les mesures paraissent raisonnables et peu surprenantes car déjà connue sous l'égide de la RSE, ce qui est davantage frappant, ce sont les nouvelles logiques à mettre en œuvre. La *compliance* est un « *ensemble de processus* », de techniques qui ont pour « *objectif d'amener les entreprises les plus importantes à assurer elles-mêmes, en leur sein et à leurs frais, le contrôle des règles qui leur sont applicables* »<sup>33</sup>. En combinant des techniques préventives à des techniques répressives, le paysage juridique en ressort profondément transformé. Parce que les seules initiatives de *corporate governance* et de RSE n'ont pas suffi, il était nécessaire de mettre l'accent sur la responsabilisation des acteurs économiques dans un cadre plus coercitif.

Dans ce contexte de gestion des risques et d'orientation du comportement des entreprises, il apparaît opportun de s'interroger sur l'efficacité et l'efficacé de ce nouveau processus. Dès lors, devoir de vigilance et *compliance* en droit des sociétés, pertinence ou inefficacité ?

Le devoir de vigilance et la *compliance* représentent un nouveau mode de régulation des activités mondialisées (PARTIE I). La législation nationale française s'est adaptée pour défendre des valeurs telles que la lutte contre la corruption, la protection des droits humains, les libertés fondamentales ou encore l'environnement. Il s'agit d'un processus qui a pour objectif d'amener les entreprises les plus importantes à assurer elles-mêmes le contrôle des règles qui leur sont applicables. Alors que la principale préoccupation des pouvoirs publics est l'effectivité de ce mouvement de régulation, la *compliance* est une « *matière encore dans le bouillonnement de sa naissance* »<sup>34</sup> dont le système juridique est à parfaire (PARTIE II).

---

<sup>33</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire 2019/1* (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>34</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.1 et suiv.



# PARTIE I

## DEVOIR DE VIGILANCE ET *COMPLIANCE*, UNE PREMIÈRE PIERRE À L'ÉDIFICE NORMATIF NATIONAL

Un vent nouveau souffle sur les entreprises. En deux ans, deux textes majeurs viennent considérablement renouveler le paysage normatif français en matière de conformité. Dans l'ordre d'apparition, se sont ainsi succédé 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<sup>35</sup> et la loi n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>36</sup>. Marquant un mouvement de balancier entre le droit de la réglementation et le droit de la régulation, le Professeur FRISON-ROCHE souligne que, même si « *l'on approuve une telle évolution, il faut aussi reconnaître que cela constitue un choc d'une dimension sans égale pour les sujets de droit que sont les entreprises* »<sup>37</sup>. Il paraît alors indispensable de comprendre la construction de ce nouveau droit de la *compliance* (TITRE I) pour appréhender les nouvelles méthodes de prévention adaptées au contexte d'une économie mondialisée (TITRE II).

### TITRE I

#### VIGILANCE ET *COMPLIANCE*, UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE ATYPIQUE

Le devoir de vigilance et l'introduction de la *compliance* en droit français sont des phénomènes relativement récents. Entrée de force dans l'environnement juridique, la *compliance* traduit un concept à la fois étranger et polysémique (CHAPITRE I). Afin de mieux comprendre toutes ses subtilités et ses perspectives particulièrement vastes, il convient de l'appréhender à travers la place qu'occupe le droit et les acteurs qui en ont la charge (CHAPITRE II).

---

<sup>35</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>36</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>37</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in Régulation, Supervision, Compliance*, Thèmes et commentaires Régulation, *Dalloz*, 2017.

# CHAPITRE I

## L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU CONCEPT JURIDIQUE

Alors que ce concept est particulièrement nouveau, sa maîtrise est d'autant plus délicate que sa définition évolue d'un système juridique à l'autre (Section II). Toutefois, la *compliance* s'impose comme un élément déterminant de l'évolution du droit et surtout, comme un puissant facteur de changement de notre culture juridique (Section I).

### **Section I : La mondialisation de l'économie, facteur d'accélération du mouvement de *compliance***

Comme le souligne très justement le Professeur GAUDEMET, « *définir la compliance n'est pas simple* »<sup>38</sup>. Avant que soit trouvé un consensus autour de la définition de cette notion, il convient de rechercher de quoi la *compliance* est le nom. Il s'agit avant tout d'une façon de voir les choses qui vient de loin (§1), avec une cohérence juridique qui lui est propre, introduisant une nouvelle forme de normativité (§2).

#### **§1 : Les lois extraterritoriales américaines et l'importation forcée d'un nouveau système juridique**

Les règles de *compliance* ont émergé sous l'impulsion des États-Unis d'Amérique (A). Il s'agit d'une forme spontanée de régulation et d'application d'une politique criminelle américaine tendant à se muer en standards internationaux<sup>39</sup> soumettant les opérateurs économiques des autres pays aux mêmes contraintes que celles des acteurs économiques nationaux, manifestation de l'impérialisme et l'unilatéralisme des États-Unis d'Amérique (B).

#### **A- Les origines anglo-saxonnes de la *compliance***

Le terme « *compliance* » provient du mot « *complaître* » qui désigne le fait de s'accommoder au goût de quelqu'un, à ses sentiments<sup>40</sup>. C'est avant tout un mot anglais couramment utilisé en Grande-Bretagne et aux États-Unis dans le langage du droit des affaires. Ainsi, littéralement, le mot « *compliance* » est étranger à la culture juridique française. Et cette sensation d'étrangeté peut être expliquée par l'origine et l'importation forcée de ce concept dans notre droit.

Par la libéralisation des échanges, la mondialisation, ou encore le progrès technique, les entreprises les plus significatives se sont soustraites, de fait comme de droit, au contrôle des États. Le développement d'une délinquance économique et financière mondialisée a provoqué des schémas

---

<sup>38</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire 2019/1* (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>39</sup> M-E BOURSIER, « Droit pénal des affaires internationales et compliance : compétences territoriales et extraterritorialité », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, *Dalloz*, 2018, p.37.

<sup>40</sup> Dictionnaire Larousse de poche, 2020.

délictueux toujours plus sophistiqués mettant en jeu différents États, différentes législations et différentes autorités.

Les États-Unis ont, très tôt, compris l'urgence de la question et le risque que cela pouvait engendrer sur l'intégralité de son économie du marché et son développement. En 1977, est adopté le *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>41</sup> afin de combattre les paiements illicites réalisés par des entreprises américaines dans le cadre de transactions internationales. Par leur grandeur et leur puissance, les américains se sont immiscés dans la politique des autres grandes puissances économiques avec l'idée qu'il fallait introduire de la morale dans le commerce international, et donc, lutter contre la corruption. Alors qu'il est prévu que toute société américaine qui corrompt des agents publics étrangers sera poursuivie et condamnée, le constat est sans appel : les entreprises américaines ne peuvent plus corrompre tandis que les autres le pouvaient impunément. L'expression « *it's not a level playing field* »<sup>42</sup> prend alors tout son sens.

### **B- La manifestation de l'impérialisme et de l'unilatéralisme américain**

Les États-Unis d'Amérique se sont efforcés à imposer leur vision aux autres puissances économiques par une application, sans doute contestable, de ses compétences extraterritoriales. En effet, la force des dispositions du *Foreign Corrupt Practices Act* tient à sa portée extraterritoriale et à la sévérité des sanctions prononcées. L'extraterritorialité se définit comme une « *situation dans laquelle les compétences d'un État régissent des rapports de droits situés en dehors du territoire dudit État* »<sup>43</sup>. Par ce biais, sont appliquées des règles américaines à des entreprises étrangères. Cela paraît légitime lorsque les entreprises concernées ont un lien avec le pays, que ce soit, par exemple, en investissant ou en travaillant sur le sol américain. Néanmoins, les États-Unis ont décidé d'appliquer ces règles en se basant sur des critères très ténus que sont les embargos et la corruption. Dès lors, un lien infime a permis au juge américain d'intervenir, notamment par l'utilisation du dollar dans une transaction ou encore plus surprenant, un simple mail envoyé à un correspondant localisé aux États-Unis<sup>44</sup>. Par conséquent, la méconnaissance du dispositif légal américain en matière d'embargo ou de corruption peut entraîner des sanctions pénales non négligeables avec le risque de se voir prononcer une peine administrative, comme le retrait de licence ou l'interdiction d'exercer sur les marchés financiers. L'application extensive de la compétence extraterritoriale américaine est illustrée par l'affaire BNP Paribas condamnée en juillet 2014 à une amende records de neuf milliards de dollars pour non-respect des embargos américains<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Foreign Corrupt Practices Act*, déc. 1977 (en ligne). Disponible sur : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf> (consulté le 1.02.2020)

<sup>42</sup> L'expression anglaise « *level playing field* » signifie que les parties doivent agir « sur un pied d'égalité ».

<sup>43</sup> J. SALMON, Dictionnaire de droit international public, *Bruylant*, 2001.

<sup>44</sup> États-Unis, Cour de district des États-Unis pour le district de Columbia, *United States c/ DaimlerChrysler Automotive Russia SAO*, 10-CR-64, 2010.

<sup>45</sup> Y. QUITIN, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RD banc. fin.*, 2014, Étude 21.

La manifestation de l'impérialisme et de l'unilatéralisme américain est claire, imposant aux Européens ses conceptions de l'organisation économique et sa politique étrangère. Alors que rien n'empêche les entreprises françaises de réaliser des transactions avec des pays tels que Cuba ou l'Iran, les États-Unis, quant à eux, ont une conception très étendue du champ d'application de leurs programmes de sanctions. Certains évoquent même « *une grave violation du droit international (...) et une tentative injustifiée de la part des États-Unis d'intervenir par la voie juridique dans les échanges commerciaux entre d'autres pays* »<sup>46</sup>.

En 2016, un rapport de l'Assemblée Nationale relève « *une surreprésentation évidente des entreprises européennes dans les dossiers relatifs à l'application de certaines lois américaines, qu'il s'agisse de celles punissant la violation des embargos financiers internationaux des États-Unis (...) ou encore de la corruption internationale* »<sup>47</sup>. La sévérité du système judiciaire américain fragilise les entreprises françaises et européennes dont les moyens de défense restent peu efficaces. Ces dernières ont alors été contraintes d'intégrer les préoccupations de *compliance* propre au droit américain afin de satisfaire, comme le mot « complaire » l'illustre bien, aux lois américaines. Il était alors nécessaire de « *rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* »<sup>48</sup>.

## **§2 : L'introduction d'une nouvelle forme de normativité**

Face à la mondialisation de l'économie et tous les effets qu'elle engendre, le législateur français a été contraint de repenser sa manière de réglementer les principaux acteurs de l'économie que sont les entreprises elles-mêmes et adopter une nouvelle forme de normativité. Les entreprises, soutenues par les autorités de régulation, sont désormais elles-mêmes impliquées dans le respect des normes économiques, sociales et environnementales. Pour encourager ces démarches volontaires, le législateur a introduit des instruments de *soft law*, au détriment du *hard law* qui ne trouvait plus à s'appliquer (A). Cependant, le droit dur, plus contraignant que le droit souple, n'est pas totalement abandonné dans ce nouveau contexte juridique (B).

### **A- La promotion du *soft law* au détriment du *hard law***

Il ne fait pas de doute, le système juridique français est un système institutionnel qui repose sur l'idée de souveraineté. La souveraineté est le caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre<sup>49</sup>. Pour autant, ce principe de souveraineté est mis à mal par la place sans cesse plus

---

<sup>46</sup> J-M SOREL, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1996, p.445.

<sup>47</sup> P. LELLOUCHE, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale*, le 5 octobre 2016.

<sup>48</sup> R. GAUVAIN, « 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 Édouard Philippe* (1<sup>er</sup> Ministre), 26 juin 2019.

<sup>49</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.

importante des organisations internationales et la portée des lois extraterritoriales. Notre système juridique a été contraint d'évoluer en prenant en considération un droit plus participatif, négocié et régulé par lequel l'État associe les intervenants à la confection de la règle. C'est ainsi que le droit souple, ou *soft law*, trouve à s'imposer. Le droit souple est un droit aux mécanismes volontaires et qui n'est donc pas juridiquement contraignant. Ces initiatives de *soft law* ont pour but, semble-t-il, de combler les lacunes du droit dur ou *hard law*.

Juridiquement, la règle de droit est une règle de conduite générale et abstraite, permanente et obligatoire, qui a un contenu normatif. Le caractère normatif a fait l'objet d'une reconnaissance par le Conseil constitutionnel qui a considéré que « *la loi a vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »<sup>50</sup>. Alors, une disposition énonçant un simple exemple ou une simple recommandation ne peut se voir reconnaître la qualification de règle de droit. Pourtant, la règle de droit en tant que norme créatrice d'obligations n'a plus la même efficacité face à un monde globalisé. « *L'évolution des pratiques juridiques au niveau international a conduit à ce que le droit dur ne soit pas l'instrument juridique le plus typique* »<sup>51</sup>.

L'intérêt du *soft law*, ou « droit mou » est de proposer des instruments adaptés aux circonstances, aux valeurs et influences des différents acteurs. Le paysage juridique français et son principe de légalité reposant sur un pouvoir souverain, centralisé et coercitif est alors bouleversé par le paysage juridique international et son concept de *soft law*.

À la lecture de la loi Sapin II<sup>52</sup> et de la loi sur le devoir de vigilance<sup>53</sup>, largement inspirées des textes internationaux non contraignants, tout particulièrement des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)<sup>54</sup> et des principes directeurs des Nations-Unis<sup>55</sup>, les entreprises de tailles significatives doivent élaborer un plan de vigilance ou un programme de conformité afin d'éviter tout risque d'atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement ou à la probité. Avec ces plans et ces programmes, une obligation de moyen a été créée, présentant alors toutes les caractéristiques du droit souple. Les entreprises ont l'entière maîtrise du périmètre et du choix des dispositifs de vigilance et de lutte contre la corruption. Néanmoins, dans le même temps, le droit souple rencontre le juge qui a compétence pour évaluer ces dispositifs, et par conséquent, retenir la

---

<sup>50</sup> Conseil constitutionnel, Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, JORF, 24 avril 2005, texte n°2.

<sup>51</sup> F. CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Revue de philosophie et de sciences humaines*, 2007.

<sup>52</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>53</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>54</sup> OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011 (en ligne). Disponible sur : <http://www.oecd.org> (consulté le 6.04.2020).

<sup>55</sup> ONU, *Principes directeurs des Nations-Unis relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011 (en ligne). Disponible sur : <https://www.ohchr.org> (consulté le 6.04.2020).

responsabilité d'une entreprise pour manque de vigilance ou défaut dans la mise en œuvre des programmes de *compliance*.

## **B- Le nécessaire retour du *hard law* pour une normativité adaptée**

Les obligations en matière de *compliance* résultent essentiellement du droit souple. Cependant, il apparaît aujourd'hui que les limites de l'autorégulation aient été atteintes. Il suffit d'évoquer le drame du Rana Plaza pour illustrer les limites de ce manque de force contraignante puisque les codes et chartes éthiques des entreprises n'auront pas suffi à l'éviter<sup>56</sup>. La *soft law* est « un droit qui guide au lieu de sanctionner »<sup>57</sup>.

À la lecture de la loi sur la lutte contre la corruption<sup>58</sup> et le devoir de vigilance<sup>59</sup>, il apparaît que la nature de l'obligation relève essentiellement du droit souple dans la mesure où les entreprises visées ont une grande latitude dans la mise en œuvre des dispositifs de *compliance*. Pour autant, les démarches volontaires des entreprises doivent être contrôlées par les pouvoirs publics. « *L'usage des instruments de droit souple par les entreprises exige un contrôle accru des juridictions car il fait courir un risque de privatisation de la règle de droit ou d'instrumentalisation de celle-ci ou il risque de favoriser des discours auto-légitimant* »<sup>60</sup>. Afin d'éviter tout risque de dérive, la *compliance* dépasse très largement l'opposition traditionnelle entre droit souple et droit dur et permet une hybridation des cultures juridiques. C'est pour cette raison que l'on parle d'un système « *normatif gradué et en boucle* »<sup>61</sup>.

En priorisant le *soft law* sans délaissier la contrainte du *hard law*, le législateur encourage une « *prise de conscience de l'importance d'un comportement vertueux* »<sup>62</sup>. Il n'est pas attendu qu'une entreprise atteigne un niveau parfait en termes de lutte contre la corruption ou de respect des droits humains mais qu'elle amorce une démarche de progrès constant en intériorisant les normes et non pas en tentant d'échapper à un mécanisme contraignant. C'est seulement dans l'hypothèse où la violation de ces principes est évidente que l'on a de nouveau recours au *hard law*.

Les règles sont alors créées pour intégrer les entreprises, principales actrices de la mondialisation, à la mise en œuvre de dispositifs efficaces pour prévenir le risque d'infraction à ces

---

<sup>56</sup> PCN, Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, 2 décembre 2013, p.56.

<sup>57</sup> F. VALLAEYS, Pour une vraie responsabilité sociale – Clarifications, propositions, PUF, 2013.

<sup>58</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>59</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>60</sup> G. BRANELLEC et I. CADET, « Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition *hard law* et *soft law* », 12<sup>ème</sup> Congrès du RIODD : *Quelles responsabilités pour les entreprises ?*, RIODD, octobre 2017, Paris.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> P. DEUMIER, « L'approche environnementale de la RSE, Prolégomènes », in *La RSE, approche environnementale, Colloque du Centre français de droit comparé*, Paris, 2016, p.9.

règles. En diffusant une véritable culture de la *compliance*, l'objectif est de consolider les démarches volontaires des entreprises afin de mieux les contrôler, y compris en dehors du territoire français.

## **Section II : La diffusion d'une culture de la *compliance***

Selon le Professeur FRISON-ROCHE, « *les contraintes pesant sur les entreprises au titre de la compliance se multiplient et s'alourdissent. Mais la notion est contradictoire, incertaine, « étrange», l'expression de « conformité» n'étant qu'une translation* »<sup>63</sup>. En introduisant un ensemble de processus inédits au cœur des entreprises (§1), le législateur diffuse une culture de la *compliance* en chargeant ces dernières d'assurer, en leur sein, l'expression de buts mondiaux monumentaux (§2).

### **§1 : La mise en œuvre d'un processus inédit**

La *compliance* n'est pas connue du vocabulaire juridique français et aucun consensus existe autour de sa définition. D'ailleurs, pour reprendre l'expression du Professeur FRISON-ROCHE, il y a autant de définitions qu'il y a d'auteurs<sup>64</sup>. Pour se saisir de ce nouveau phénomène juridique, il faut d'abord comprendre ce que n'est pas la *compliance* (A) pour ensuite tenter de trouver une définition adaptée (B).

#### **A- La définition négative de la *compliance***

Le Cercle de la *compliance*, association qui s'est donnée pour objet l'étude de la *compliance*, la définit comme « *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* »<sup>65</sup>. Néanmoins, cette définition ne semble pas faire l'unanimité et paraît difficile à satisfaire<sup>66</sup>.

En règle générale, le terme « *compliance* » est traduit, en français, par le mot « conformité ». Il s'agit de se conformer à une règle. La conformité est « *la caractéristique du comportement d'un individu lorsque ce comportement est déterminé par la règle du groupe ou une autorité* »<sup>67</sup>. Dans le contexte de la loi Sapin II<sup>68</sup> et de la loi sur le devoir de vigilance<sup>69</sup>, les entreprises de taille significative seraient donc tenues de se conformer aux règles de droit qui leur sont applicables. Néanmoins, définir ce qu'est la *compliance* n'aurait aucun intérêt puisqu'il s'agit de la définition même du respect de la légalité.

---

<sup>63</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de compliance », *Dalloz*, 2016, n°32.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> LE CERCLE DE LA COMPLIANCE, *À quoi se réfère exactement le terme compliance ?* (en ligne). Disponible sur : <https://www.lecercedelacompliance.com> (consulté le 27.01.2020).

<sup>66</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, *Dalloz*, 2018, p.23 et suiv.

<sup>67</sup> Dictionnaire Larousse de poche, 2020.

<sup>68</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>69</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

Au-delà du respect des règles, la *compliance* permettrait aux entreprises les plus significatives de se conformer de manière volontaire aux règles qui leur sont applicables. Pour rappel, la règle de droit est « *la norme juridiquement obligatoire, quelle que soit sa source, son degré de généralité et sa portée* »<sup>70</sup>. Dès lors, la règle de droit, destinée à organiser la société et les rapports entre ses membres, doit nécessairement être respectée et ne dépend pas de la volonté de celui qui y est soumis. Pour se conformer de manière « volontaire » aux règles de droit, encore faut-il que ces dernières ne soient pas obligatoires. En tout état de cause, ce n'est pas le cas puisque le législateur a assorti des sanctions civiles et pénales en cas de manquement au devoir de vigilance ou de défaut de conformité.

Par ailleurs, la *compliance* pourrait désigner le fait, pour les entreprises et ses membres, de se conformer, au-delà des règles juridiques qui leur sont applicables, à des normes éthiques qu'elles désignent. Toutefois, l'idée n'est pas neuve puisque le phénomène de responsabilité sociale et environnementale (RSE) en droit des sociétés y fait référence. En effet, la notion de RSE « *traduit très exactement l'idée d'une entreprise citoyenne, d'une entreprise dont l'activité, au-delà des contraintes légales, peut et doit intégrer une dimension morale, une dimension éthique dans les domaines sociaux et environnementaux* »<sup>71</sup>. Alliant une approche économique, sociale et environnementale, la RSE engage les entreprises dans une démarche éthique volontaire.

Pour autant, alors que cette définition proposée par le Cercle de la *compliance* ne permet pas d'affirmer clairement que la *compliance* est un nouveau concept juridique, elle met l'accent sur ce qui la caractérise fondamentalement.

## **B- La définition positive de la *compliance***

De cette définition<sup>72</sup>, il faut surtout retenir que la *compliance* est un « *ensemble de processus* ». En effet, il s'agit d'un processus destiné à assurer, dans les entreprises de taille significative, que les règles ne sont pas enfreintes mais aussi, et surtout, que tout est mis en œuvre pour les respecter. Le mot « processus » semble être le plus important dans la définition de la *compliance*.

La définition du Cercle de la *compliance* évoque de manière générale les « *comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et ses salariés* »<sup>73</sup>. En évoquant l'ensemble des membres de l'entreprise, cette définition traduit l'approche transdisciplinaire de la *compliance* abordant tout à la fois le droit du travail, le droit de la concurrence, le droit fiscal, le droit bancaire, le droit de l'environnement ... Aussi, par la notion de « *comportements de l'entreprise* », cela signifie que la *compliance* a vocation à concerner toutes les infractions du droit des affaires, à savoir la corruption, le blanchiment d'argent, la

---

<sup>70</sup> G. CORNU, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.

<sup>71</sup> F. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, mars 2003.

<sup>72</sup> LE CERCLE DE LA COMPLIANCE, *À quoi se réfère exactement le terme compliance ?*, op.cit.

<sup>73</sup> *Ibid.*



fraude fiscale, le travail dissimulé ... Dès lors, la *compliance* n'est pas un phénomène principalement juridique, mais renvoie plus généralement à un système organisationnel.

L'ensemble de ces techniques a pour but d'amener les entreprises les plus importantes à assurer elles-mêmes, et en leur sein, le contrôle des règles qui leur sont applicables. Pour ce faire, le législateur décrit les manquements dont elles peuvent faire l'objet, facilite leur identification et leur dénonciation, et organise leur sanction. Ainsi, la préoccupation centrale dans la mise en œuvre de la *compliance* est l'effectivité du système. D'ailleurs, une autre définition de la *compliance* est proposée considérant qu'il s'agit d'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 d'infraction à ces règles »<sup>74</sup>.

À travers la *compliance*, le législateur encourage la mise en place de techniques et de procédures au sein des entreprises de taille significative afin de répondre à des buts qui, selon l'expression du Professeur FRISON-ROCHE, sont monumentaux.

## §2 : L'expression de buts « monumentaux »

Le Professeur FRISON-ROCHE, ou une partie autorisée de la doctrine, considèrent que la *compliance* acquiert sa normativité juridique dans les « buts monumentaux » qu'elle poursuit, à savoir la disparition de la corruption, la détection du blanchiment d'argent ou encore la protection de la nature et le souci des êtres humains. L'expression de ces « buts monumentaux »<sup>75</sup> seraient une nouvelle façon d'appréhender le rôle des entreprises les plus cruciales (B) et les réponses qu'elles pourraient trouver à la problématique de l'éthique des affaires (A).

### A- La *compliance*, une réponse à l'éthique des affaires

La *compliance* est la traduction de choix politiques. Il s'agit donc d'un ensemble de techniques, imprégnées de choix politiques et de théories économiques, qui sont gouvernés par des buts posés. Et la détermination de ces buts est cruciale, répondant à un « service public mondial »<sup>76</sup> impactant directement la stratégie entrepreneuriale des entreprises visées.

Le point de départ de la *compliance* ne serait pas tant de se « conformer » au droit. Il s'agirait surtout de réaliser, de manière effective, les buts que poursuit l'auteur des normes en question. La *compliance* est donc l'internalisation du droit de la régulation. L'effort mené par les autorités publiques est de rendre effectif les droits des êtres humains, ces « buts » que l'on considère de « monumentaux ».

---

<sup>74</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire 2019/1* (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>75</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Compliance et Incitations : un couple à propulser », in L. RAPP (dir.), Conférence « Les incitations, outils de la compliance », *The Journal of Regulation & Compliance*, Toulouse, 12 décembre 2019.

<sup>76</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.

Anticiper, suivre et appliquer les exigences réglementaires est l'essence même de la *compliance*. L'ambition générale est de construire une protection renforcée des entreprises et des individus en mettant tout en œuvre pour intégrer de l'éthique dans les affaires. Réduire la *compliance* à une conformité limitée à la vérification d'un processus serait trop limitatif. La *compliance* et l'éthique des affaires sont en réalité intimement liées. L'éthique des affaires désigne les comportements attendus des acteurs du monde économique pour se conformer aux attentes des régulateurs et des parties prenantes. Pour autant, l'éthique sans programme de *compliance* ne garantit pas un contrôle efficace des risques auxquels l'entreprise est confrontée. L'objectif ultime est de créer une culture éthique, soit un environnement au sein de l'entreprise favorisant la transparence.

La *compliance* renvoie alors au fait de bien se comporter, de prendre spontanément en considération l'intérêt d'autrui. « Des législateurs ou des régulateurs publics adoptent des normes que l'on pourrait dire « monumentales » tant leur but immense, par exemple, la fin de la corruption, ou la fin de tout commerce avec un pays qu'ils estiment indigent (embargo) ou la fin du terrorisme. Ce sont des maux globaux »<sup>77</sup>.

Ainsi, les entreprises, parce qu'elles sont des « opérateurs cruciaux » dans notre économie mondialisée, deviennent en même temps des « opérateurs de service public mondial »<sup>78</sup>. Il est alors nécessaire, voir essentiel, de repenser le rôle de l'entreprise dans notre système juridique.

## **B- La *compliance*, une nouvelle façon d'appréhender le rôle de l'entreprise**

Avec la *compliance*, ce qui importe, aujourd'hui, est moins de savoir si les entreprises enfreignent les règles qui s'appliquent à elles que de savoir si elles mettent en œuvre, en leur sein, un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction. Selon l'expression du Professeur GAUDEMET, il s'agit d'un « aménagement d'un milieu horizontal au sein même de l'entreprise qui puisse faire diminuer tendanciellement le risque d'infraction aux règles »<sup>79</sup>. La *compliance* désignerait alors un mouvement général consistant à adopter des mesures concrètes destinées à assurer le respect des règles, à détecter les possibles manquements et à prendre les initiatives nécessaires pour y mettre fin ou en prévenir la réitération. Par conséquent, l'entreprise doit prendre en charge l'intérêt du contractant ou des tiers qui dépendent de lui. L'ensemble sera exposé dans des chartes et autres documents unilatéralement dressés par les grands opérateurs économiques. Ces chartes seraient alors l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles dont ils ne peuvent plus assurer l'effectivité.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> F. GROS, « Coopérer contre soi-même », in *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, p.173 et suiv.

L'objectif du législateur, que ce soit dans la rédaction de la loi sur le devoir de vigilance<sup>80</sup> ou la loi Sapin II<sup>81</sup>, est d'impacter directement ceux qui agissent dans l'entreprise en internalisant les règles. Par ce biais, un changement de « *conduct of business* » est amorcé. Les entreprises seront responsables en cas d'infraction aux règles mais aussi, et peut-être surtout, de ne pas avoir mis en place un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles.

La *compliance*, dont la définition est encore discutée et dont les contours émergent, est une « *matière encore dans le bouillonnement de sa naissance* »<sup>82</sup>. Un changement de culture dans la manière de conduire les affaires est d'ores et déjà latent. Les entreprises soumises à la *compliance* et au devoir de vigilance deviennent elles-mêmes actrices du contrôle de l'application des règles qui s'imposent à elles. Elles ne sont pas de simples sujets de la *compliance*. Il leur est fait injonction d'organiser en leur sein un dispositif de transparence et des cellules de vigilance propres à diminuer le risque d'infraction aux règles auxquelles elles sont soumises.

Parmi les acteurs essentiels à 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* »<sup>83</sup>. Pour autant, les stratégies mises en place par ces dernières restent impulsées, voir imposées par l'État. Face à ce nouveau concept juridique, il est donc primordial de définir le rôle de chaque acteur ; et donc, ne pas oublier l'État, le régulateur et le juge qui restent, eux aussi, des personnages capitaux pour la construction d'un droit de la *compliance* qui émerge.

## CHAPITRE II

### LA DIVERSITÉ DES ACTEURS EN CHARGE DE LA *COMPLIANCE*

Les nombreux débats autour de l'approche et de la définition de la *compliance* font apparaître d'autres difficultés. Il est difficile d'apercevoir toutes les dimensions de la *compliance*, en raison, notamment, de son contenu variable, allant de la « simple » obligation morale jusqu'à l'engagement à se conformer à une règle juridique. C'est ainsi qu'il paraît nécessaire d'approcher la *compliance* au travers de ses manifestations et des acteurs qui en sont la cause : l'État, les autorités de régulation (Section I) et le juge (Section II) dont les rôles et les prérogatives doivent être adaptés au contexte de la *compliance*.

---

<sup>80</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>81</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>82</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.1 et suiv.

<sup>83</sup> *Ibid.*

## Section I : L'incontournable alliance de l'État et des autorités de régulation

La *compliance* invite à repenser les rapports entre l'État et les autorités de régulation. Bien que faisant partie des premiers pays ayant ratifié la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers<sup>84</sup>, la France a longtemps été visée par l'OCDE pour son inefficacité dans la réprobation morale et la répression juridique de la corruption internationale, déclarant être « *particulièrement préoccupée par la faible réactivité des autorités françaises vis-à-vis des personnes morales mises en cause* »<sup>85</sup>. Restant à la marge, l'État français charge alors les autorités de régulation d'assurer l'effectivité des dispositifs de *compliance* (§1) et crée une agence dédiée à la détection des faits de corruption (§2).

### §1 : L'effacement de l'État au profit des autorités de régulation

Alors que l'État français reste impuissant face à des opérateurs économiques influents se soustrayant à sa compétence étatique (A), l'œuvre des autorités de régulation semble être une réponse adéquate pour « *pallier mécaniquement les défaillances d'un marché idéal* »<sup>86</sup> (B).

#### A- L'État, personnage en retrait

La mondialisation de l'économie a permis le développement d'entreprises transnationales puissantes, engendrant, par la même occasion, des dérives priorisant l'intérêt et les performances économiques au détriment des droits et libertés fondamentales.

La conception classique du droit, celle de l'État, l'unique source créatrice du droit, garant de l'intérêt général, est affaiblie. Pour la doctrine, la mondialisation de l'économie a déclenché un phénomène de « globalisation du droit » que le Conseil d'État traduit par « *une perméabilité croissante de chaque culture juridique nationale à d'autres droits, nationaux ou internationaux* »<sup>87</sup>. D'un point de vue économique, cela entraîne une interdépendance des économies nationales dans un marché mondial unifié par la stratégie des firmes multinationales<sup>88</sup>. C'est le fait, pour les entreprises de taille mondiale, de produire leur propre droit afin d'encadrer leurs relations et ce, en dehors de toute intervention étatique. En effet, par leur puissance, certaines entreprises de taille significative disposent de moyens

---

<sup>84</sup> Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997 et entrée en vigueur le 15 février 1999. La convention permet aux pays d'agir de manière coordonnée dans l'adoption des législations nationales incriminant la corruption d'agents publics étrangers. Elle contient une définition large de la corruption, exigeant aux pays d'imposer des sanctions dissuasives et les engage à s'accorder une entraide juridique. Un processus rigoureux de surveillance multilatérale a commencé en avril 1999 sous les auspices de l'OCDE. Ce processus vise à surveiller la conformité à la Convention et à évaluer les mesures prises par les pays pour appliquer la Convention dans leurs législations nationales.

<sup>85</sup> OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Paris, octobre 2012, p.5.

<sup>86</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », in *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p.4.

<sup>87</sup> J-M SAUVÉ, « L'Europe dans la globalisation du droit », *Congrès inaugural de l'Institut européen du droit*, 1<sup>er</sup> juin 2011.

<sup>88</sup> A. GAUTHIER, « L'économie mondiale depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle », *Bréal*, 1995.

financiers et d'une influence comparable aux États. À titre d'illustration, une enseigne de grande surface américaine, *Walmart*, a annoncé un chiffre d'affaire atteignant les cinq cents milliards de dollars en 2017<sup>89</sup>, dépassant ainsi le PIB de pays européens tels que l'Italie ou l'Autriche.

Par ailleurs, certaines entreprises multinationales font le choix de sélectionner les pays qui offrent les meilleures conditions juridiques au développement économique et ce, au détriment des droits humains pourtant fondamentaux. Certains juristes évoquent une « *mise en concurrence des systèmes juridiques* »<sup>90</sup>.

La réaction de l'État, face à cette nouvelle problématique, a été celle de la *compliance*. La *compliance* a été conçue comme une nouvelle méthode de régulation économique permettant de maintenir la pertinence du pouvoir étatique en encadrant le respect des droits et des libertés fondamentales. L'intervention législative et l'élaboration de la loi Sapin II<sup>91</sup> ainsi que la loi sur le devoir de vigilance<sup>92</sup> ont permis de poser un véritable cadre juridique à la *compliance*. Les autorités publiques y ont vu un moyen d'orienter les comportements de chaque opérateur sans pour autant perdre l'ensemble de ses prérogatives étatiques. Ainsi, par la *compliance*, l'État préserve et maintient l'ordre public économique qui, sans le développement d'une régulation économique efficace, ne serait pas garanti.

## **B- Le régulateur, personnage naturel**

Les autorités de régulation vont être chargées de l'utilisation de ce nouvel outil juridique qu'est la *compliance*. Elles assurent et accompagnent la mise en œuvre des dispositifs imposés par l'État aux entreprises afin que ces dernières prennent elles-mêmes les mesures nécessaires pour concilier leur activité économique avec le respect des droits et libertés fondamentales. La régulation donne un cadre juridique à la *compliance* tout en gardant une maîtrise étatique des comportements des opérateurs économiques. La régulation est perçue comme « *une méthode d'action qui implique la poursuite d'un objectif déterminé au moyen d'instruments variés utilisés de façon pragmatique* »<sup>93</sup>.

La *compliance* n'est pas un processus totalement inconnu des régulateurs. En effet, pour reprendre l'expression employée par le Professeur FRISON-ROCHE, le régulateur intervenait déjà *ex ante* pour établir des règles, « *prohibant à forte voix par exemple des transactions avec tel ou tel pays, ou murmurant avec la douce voix d'un droit très souple les façons dont il convient de sécuriser les réseaux d'informations* ». Aussi, le régulateur a compétence pour intervenir *ex post*, sanctionnant les

---

<sup>89</sup> Chiffres communiqués par Walmart à la bourse de NASDAQ.

<sup>90</sup> J-M HOVASSE, « Les aspects juridiques et financiers de la globalisation des marchés financiers », in *Droit des sociétés*, 2000, p.7.

<sup>91</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>92</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>93</sup> J-P COLSON, P. IDOUX, *Droit Public Économique, LGDJ*, 8<sup>ème</sup> édition.

entreprises ne se conformant pas aux règles édictées. Émanation de l'État, les autorités de régulation ont alors un pouvoir de recommandations, de décisions et de sanctions propres.

Ainsi, « *par la compliance, le régulateur « bondit » dans les entreprises elles-mêmes* »<sup>94</sup>. Par sa proximité avec les acteurs économiques concernés et leur connaissance aigüe du domaine qu'elles régulent, les autorités de régulation viellent au bon fonctionnement d'un secteur ou d'un marché donné en incitant les entreprises à internaliser les conséquences de leurs propres actions.

À titre d'illustration, l'Autorité des marchés financiers (AMF) entretient une relation ancienne avec la *compliance*. En effet, l'AMF contribue à définir les règles et les principes de *compliance* en matière financière, notamment par le biais de son règlement général. Elle accompagne les responsables de la conformité dans leurs activités et s'appuie sur les programmes de *compliance* mis en œuvre par les acteurs régulés pour mener à bien sa mission de régulation. Ainsi, l'AMF conditionne la délivrance de l'agrément nécessaire à l'accès au marché financier français à la présence et à la qualité des procédures de *compliance* interne des entreprises candidates<sup>95</sup>. Les autorités utilisent donc leurs pouvoirs normatifs et d'agrément au soutien des dispositifs de *compliance*.

Fort de cet enseignement, le législateur, par le biais de la loi Sapin II, a créé l'Agence Française anticorruption (AFA) qui a vocation à contrôler la mise en place des programmes de *compliance*, dans le secteur privé et public, avec un pouvoir d'enquête et de sanction.

## **§2 : L'Agence française anticorruption, un pilier dans la mise en œuvre de la compliance**

La création d'une Agence française anticorruption est présentée comme l'un des principaux apports de la loi Sapin II<sup>96</sup> (A). Dotée des mêmes prérogatives qu'une autorité de régulation, l'AFA est chargée d'aider et contrôler la bonne mise en place des programmes de *compliance* au sein des entreprises assujetties et, si nécessaire, les sanctionner (B).

### **A- La création d'une Agence dédiée à la fonction conformité**

La loi du 9 décembre 2016<sup>97</sup> vise à imposer la mise en œuvre de programme de *compliance* anticorruption au sein des entreprises dont le but est de « *mieux prévenir et mieux détecter la corruption*

---

<sup>94</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Entreprise, régulateur, juge : penser la compliance par ces trois personnages », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.1 et suiv.

<sup>95</sup> *Règlement général de l'AMF*, articles 313-1 et suiv.

<sup>96</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

*transnationale* »<sup>98</sup>. L'article 17 de ladite loi dispose que « *l'Agence française anticorruption contrôle le respect des mesures et procédures* »<sup>99</sup> faisant l'objet du programme de *compliance*.

Pendant longtemps, les entreprises françaises, visées par des procédures américaines, comme ce fut le cas de l'affaire évoqué concernant la banque BNP Paribas, étaient tiraillées en deux ; d'un côté, les autorités américaines ordonnaient la communication des informations et de l'autre, la législation française interdisait cette communication sous peine de sanction pénale. Par conséquent, le Service Central de la Prévention de la Corruption (SCPE), prédécesseur de l'AFA, est progressivement intervenu pour réguler ces situations<sup>100</sup>. Il s'agissait alors de coopérer avec les autorités étrangères tout en préservant les intérêts nationaux en évitant des demandes abusives de transferts d'informations sans aucun lien avec le litige.

Désormais, c'est à l'AFA que revient cette mission. Il s'agit d'un service à compétence nationale, placé sous l'autorité conjointe du Ministre de la justice et du Ministre du budget. Composée de soixante-six personnes, l'Agence anticorruption est dirigée par Charles DUCHAINE, ancien juge d'instruction, nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable. Aussi, l'Agence comprend une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions prévues en cas de manquement aux mesures et procédures de lutte contre la corruption et d'un conseil stratégique<sup>101</sup>.

En vertu de l'article 3 de la loi Sapin II, la création de l'AFA vise à aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontés à prévenir, détecter les faits de corruption. À cet égard, l'AFA exerce des activités d'appui et de contrôle afin que les instances dirigeantes intègrent, au sein de leur organisation, une fonction conformité efficace<sup>102</sup>.

## **B- La mission de l'Agence française anticorruption, entre aide, contrôle et sanction**

L'article 1<sup>er</sup> de la loi Sapin II assigne à l'AFA la mission d'aider toutes les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les atteintes à la probité. L'Agence a essentiellement une triple mission : aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter des faits de corruption, contrôler la bonne mise en place du programme de *compliance* au sein des

---

<sup>98</sup> M-F BRULÉ, « Les récentes initiatives publiques françaises de lutte contre la corruption dans les transactions commerciales : une nouvelle dynamique pour les entreprises », in M-A FRISON-ROCHE (dir), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.155.

<sup>99</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>100</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 30 janvier 1993.

<sup>101</sup> Article 3 du décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption.

<sup>102</sup> AFA, Guide pratique sur « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, janvier 2019.

entreprises et veiller au respect de la loi qui régit la procédure à suivre pour communiquer hors du territoire français des informations sensibles<sup>103</sup>.

Dans cette perspective, l'AFA a publié une « *Charte de l'appui aux acteurs économiques* »<sup>104</sup> et présente en sept points ses missions principales :

- coordonner l'action administrative et diffuser les informations utiles en matière de corruption,
- élaborer des recommandations destinées à aider, à prévenir et à détecter les faits de corruption,
- contrôler le dispositif anticorruption mis en place par les acteurs publics et certains acteurs économiques,
- contrôler le respect de l'obligation de prévention de la corruption et veiller à la mise en place de dispositifs anticorruption dans le cadre de l'exécution de décisions judiciaires,
- veiller à l'application de la « loi de blocage »<sup>105</sup> dans le cadre de la mise en place de dispositifs anticorruption imposés par des autorités étrangères,
- aviser le procureur de la République compétent des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit,
- établir un rapport d'activité annuel rendu public.

Au-delà de sa mission de contrôle, et éventuellement, des sanctions qu'elle pourrait prononcer, l'AFA apporte un soutien aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale. Sa mission de conseil et d'assistance permet d'élaborer des recommandations et des guides à destination des personnes visées par les obligations de la loi Sapin II<sup>106</sup> mais aussi de les sensibiliser, les accompagner et les former. Ainsi, la fonction *compliance*, qui est essentiellement de prévenir les risques d'infraction, est largement encouragée par l'Agence française anticorruption. Alors que les recommandations de l'AFA sont publiées sous forme d'avis au Journal officiel<sup>107</sup>, elles sont dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique. Pour autant, cette absence de valeur juridique n'atténue ni l'utilité, ni la portée de ces recommandations. Elles sont conçues pour être des éléments d'aide à la décision, permettant à toutes les organisations, quelle que soit leur taille, d'établir un programme de *compliance* efficient et efficace.

---

<sup>103</sup> Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF*, 27 juillet 1968.

<sup>104</sup> AFA, « Charte de l'appui aux acteurs économiques », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, septembre 2018.

<sup>105</sup> Loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques morales étrangères, *op.cit.*

<sup>106</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>107</sup> 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 public et de favoritisme, *JORF* n°0298, 22 décembre 2017.



Ce croisement de règles de régulation, *ex ante*, qui permettent de prévenir le risque d'atteinte à la probité et *ex post*, pour réprimer les éventuelles violations, s'articule avec les compétences du juge dont le pouvoir d'action est à définir. Si ce dernier continue de jouer tout son rôle, il lui revient d'adapter son contrôle au contexte normatif renouvelé dans lequel les autorités publiques exercent leurs attributions.

## Section II : La délicate intervention du juge

Selon l'expression du Professeur FRISON-ROCHE, le juge est celui « *auquel chacun revient* »<sup>108</sup>. Parce que le droit de la *compliance* reste un droit sanctionnateur, le juge reste un acteur essentiel dans l'appréciation du comportement des entreprises concernées (§1). Pour autant, les régulateurs qui ont une place sans cesse plus importante, peuvent prendre la place du juge dans le contrôle des dispositifs de *compliance* et entraîner de réels risques de confusion (§2).

### §1 : La nécessaire adaptation du juge dans un contexte normatif renouvelé

Si le juge de l'ordre administratif n'est pas étranger aux exigences de droit souple (A), le juge judiciaire, quant à lui, continue de jouer son rôle tout en adaptant la mise en œuvre de la responsabilité dans ce nouveau contexte juridique (B).

#### A- Le juge administratif face aux exigences du droit souple

Avec la *compliance*, il est question de contrôle, de conformité et de régulation, termes qui sont familiers au juge administratif. En effet, dès 1970, apparaît la catégorie des directives sous l'impulsion du Conseil d'État<sup>109</sup>. La directive donne des orientations générales, indique la manière dont il faut agir tout en préservant un pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative. La directive « *apparaît ainsi comme les prémices de la construction du droit souple* »<sup>110</sup>. Puis l'expression de droit souple en tant que telle a été consacrée dans l'étude annuelle de 2013 du Conseil d'État qui « *recommande de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple pour contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation* »<sup>111</sup>.

C'est pour cette raison que l'émergence de la *compliance* et la consécration du droit souple dans les relations économiques n'a pas surpris le juge administratif qui s'était déjà doté des outils nécessaires. Ainsi, le contrôle du juge sur ces actes de droit souple n'a été que renforcé. Par exemple, par une décision du 17 novembre 2010<sup>112</sup>, le Conseil d'État a renforcé son contrôle des recommandations générales des autorités de régulation rédigées de manière impérative. Par ailleurs, le Conseil d'État a ouvert la voie du recours en annulation à l'encontre des avis, recommandations et mise en garde des autorités de

---

<sup>108</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Entreprise, régulateur, juge : penser la compliance par ces trois personnages », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018.

<sup>109</sup> CE, 11 décembre 1970, n°78880, « *Crédit Foncier de France* », publié au recueil Lebon.

<sup>110</sup> B. STIRN, « Le juge administratif et la compliance », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.193.

<sup>111</sup> CE, « Étude annuelle 2013 : Le droit souple », 15 mai 2013.

<sup>112</sup> CE, 17 novembre 2010, n°332771, « *Syndicat français des ostéopathes* », mentionné dans les tables du recueil Lebon.

régulation. Ceci est expliqué par le fait que, malgré l'absence de caractère décisive, ces actes sont de nature à produire des effets notables sur les comportements des opérateurs visés. En tout état de cause, « *sans être nommé, sans même que le sens du mot soit parfaitement clair, la compliance occupe une place au moins virtuelle en droit public* »<sup>113</sup>.

Par ces décisions, le juge administratif renforce la légitimité des autorités de régulation dans ce contexte normatif renouvelé sans pour autant n'exercer aucun contrôle juridictionnel. Il n'est pas question de laisser l'entière liberté aux autorités de régulation d'édicter des règles impératives sans en contrôler la portée et les effets. Et c'est aussi le cas du juge judiciaire qui ne laisse pas les entreprises totalement indépendante et autonome dans la mise en œuvre et le contrôle des obligations de conformité.

### **B- Le juge judiciaire et la mise en œuvre de la responsabilité**

L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, est tout aussi présente dans la mise en œuvre de la *compliance* au sein des entreprises françaises.

En matière civile, l'article 2 de la loi sur le devoir de vigilance dispose que « *dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L.225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* ». Ainsi, par renvoi aux articles relatifs à la responsabilité extracontractuelle, le législateur laisse au juge civil toute la latitude dans l'appréciation des dispositifs de *compliance* mis en œuvre par les entreprises. À ce titre, le juge pourra apprécier souverainement tout acte illicite et, par conséquent, retenir la responsabilité d'une entreprise pour manque de vigilance ou défaut de mise en conformité. Il y a ici une extension de la responsabilité du fait d'autrui dès lors que les entreprises visées par la loi ont l'obligation de mettre en place un plan de vigilance. Dans l'hypothèse où le plan n'est pas adopté ou jugé insuffisant, la responsabilité délictuelle de la société pourra être engagée en cas de dommage intervenu dans l'une des entreprises visées par le plan.

En matière pénale, alors que l'adage « *le pénal tient le civil* » ne trouve plus à s'appliquer en matière de responsabilité civile<sup>114</sup>, le juge pénal reste, lui aussi, juge de la *compliance*. Dès lors, « *la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* »<sup>115</sup>. Ainsi, sa compétence, s'articulant avec celle du juge civil et du régulateur, est un outil d'affirmation face au juge américain. Il s'agit avant tout pour les juridictions de juger leurs propres

---

<sup>113</sup> B. STIRN, « Le juge administratif et la compliance », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018.

<sup>114</sup> M. KEBIR, « L'autorité 'absolue' de chose jugée au pénal sur le civil et ses limites », *Dalloz actualité*, 2018.

<sup>115</sup> *Code de procédure pénale*, art.4, version en vigueur au 12 août 2011.

opérateurs afin d'éviter qu'ils ne le soient par les autorités américaines. Par la loi Sapin II<sup>116</sup>, le législateur instaure clairement une compétence pour le juge pénal de contrôler et apprécier, par le biais de la peine de mise en conformité, le respect des règles de *compliance* liées aux processus internes que les entreprises devront mettre en place.

Les efforts menés par le législateur pour définir les compétences du juge et celles des régulateurs ont pour but de jouer à armes égales avec leurs homologues américains. Pour autant, la succession des textes et la multiplicité des cas d'engagement de responsabilité conduisent à une interdépendance des acteurs en charge de la *compliance* et une menace de confusion qu'il est important d'envisager.

## **§2 : L'interdépendance des acteurs de la compliance et la menace de confusion**

Par les multiples acteurs en charge de la *compliance* et les nombreuses mesures à mettre en place imposées par divers textes aux contours et aux limites peu définis, les dispositifs de vigilance et de *compliance*, pourtant utiles à la régulation économique, peuvent porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux (A), dont l'affaire *Morgan Stanley* en est une illustration (B).

### **A- Les multiples atteintes aux principes juridiques fondamentaux**

Alors que l'État accorde une grande place aux régulateurs et aux entreprises dans la protection du marché économique, certains principes juridiques dont il est le garant sont mis à mal.

Le principe de légalité, qui renvoi de manière plus générale à celle de l'État de droit, est quelque peu bouleversé. Défini aux articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* »<sup>117</sup>. Pour autant, la loi Sapin II<sup>118</sup> et la loi sur le devoir de vigilance<sup>119</sup> évoquent, pour sanctionner l'absence de dispositif de *compliance*, des « manquements » qui ne sont pas formellement définis. Par exemple, la loi relative au devoir de vigilance condamne les « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales* »<sup>120</sup> alors que la loi Sapin II évoque « *divers manquements à la probité* »<sup>121</sup>. Alors qu'aucune précision n'est apportée quant au degré de gravité des atteintes évoquées<sup>122</sup>, ce qui importe davantage sont les notions de « *droits humains* » et de « *probité* »

---

<sup>116</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>117</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *Assemblée Nationale française*, 26 août 1798.

<sup>118</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>119</sup> 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°0287, 10 décembre 2016.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>122</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 mai 1964, publié au bulletin, n°350. Sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil, en matière délictuelle, « *l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculé en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité* ».

qui restent peu précises. Le contour de ces notions, qui évoluent au fil du temps, sont difficilement appréciables. En intégrant la *compliance* dans le système normatif, le législateur a développé un ensemble de règles protéiformes, alliant des obligations de moyens à des obligations de résultats, afin d'établir la responsabilité des entreprises de taille significative dans les atteintes aux droits humains ou les manquements à la probité. Par des incitations et des obligations à la prévention, les « manquements » visés par la loi restent alors très peu précis.

Cette confusion et ce manque de précision attaché au non-respect des règles de *compliance* entraîne également un risque de qualifications alternatives. Cela va de soi, en vertu du principe *non bis in idem*, une personne ne peut pas être poursuivie deux fois pour la même infraction. Pour autant, alors que les principes de *compliance* sont contenus dans divers textes éparses, l'on peut se demander si une entreprise sanctionnée par la Commission des sanctions de l'AFA pour insuffisance du dispositif imposé par la loi Sapin II peut l'être au même titre qu'un plan de vigilance défaillant. En effet, une cartographie des risques est exigée dans les deux textes. Dans l'hypothèse où cette dernière n'est pas suffisamment détaillée ou correctement analysée, sur quel fondement l'entreprise concernée sera poursuivie ? Alors que la loi sur le devoir de vigilance s'attache davantage à la protection des droits humains et libertés fondamentales qu'à la lutte contre la corruption, chacun des deux dispositifs proposent des techniques de prévention similaires. Dès lors, le caractère protéiforme et incertain des dispositifs *compliance* provoquent une certaine latitude en termes de cumul et de qualifications alternatives. Le cas échéant, dans l'hypothèse où la personne morale est poursuivie, se pose aussi la question de l'atteinte aux droits de la défense.

En vertu de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie »<sup>123</sup>. Néanmoins, la promotion de la coopération avec les autorités et les mécanismes d'auto-incrimination portent inéluctablement atteinte à ce principe fondamental pourtant bien ancré dans la législation française. Ceci peut se justifier par la pression du système juridique américain prônant la transaction pour amoindrir les sanctions dont pourrait subir une entreprise pour manque de vigilance. En effet, les entreprises poursuivies sont tenues et encouragées à l'auto-dénonciation, voir l'auto-incrimination. En révélant de manière spontanée des infractions commises par l'entreprise, et donc, tous les documents permettant d'établir l'existence des faits qui leur sont reprochés, cela permet de bénéficier d'une certaine clémence de la part du juge. Or, il est difficile de concevoir que ce mécanisme garantisse les droits de la défense, d'autant plus que le montant de l'amende est considérablement amoindri dans cette hypothèse. Le risque est que les entreprises s'acquittent de cette amende pour éviter toute poursuite judiciaire qui nuirait à leur image. Dans un même temps, si les négociations échouent, il est possible que l'entreprise en question puisse être, par la suite, mise en examen pour des faits qu'elle a reconnu

---

<sup>123</sup> Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, *Conseil de l'Europe*, Rome, 4 novembre 1950.

matériellement et pénalement. Alors que l'article L.41-1-2 III du Code de procédure pénale protège l'entreprise mise en cause, il est possible d'envisager que le juge aura nécessairement connaissance de la volonté initiale de la personne morale d'accepter la qualification juridique des faits.

Le caractère protéiforme de la *compliance* et les multiples atteintes aux principes juridiques pourtant fondamentaux suscitent de nombreuses difficultés et accroît les risques d'insécurité juridique, comme l'illustre l'affaire *Morgan Stanley*.

## **B- L'exemple de l'affaire *Morgan Stanley***

Les contours incertains du concept de la *compliance* peuvent conduire à son appréciation extensive par les autorités de régulation pour la protection de l'intégrité des marchés financiers. En effet, la Commission des sanctions de l'AMF a annoncé, par une décision du 4 décembre 2019, avoir infligé une très lourde amende de vingt millions d'euros à la banque d'affaires américaine *Morgan Stanley* pour « avoir manipulé le cours » de la dette<sup>124</sup>. Il était reproché à la banque d'avoir agi massivement, dans un temps très court, sur des titres au sein d'un marché non réglementé. La décision de condamnation de l'autorité des marchés financiers pose de nombreuses difficultés, notamment à propos des éléments constitutifs de l'infraction.

Pour que l'infraction soit constituée, il faut la réunion d'un élément légal, un élément matériel et un élément intentionnel. Alors que la banque « soutient que son action sur les différents instruments financiers (...) a été justifiée par son intérêt légitime », la Commission des sanctions réfute cette justification considérant que, malgré les motifs légitimes évoqués, il n'en demeure pas moins que la banque a opéré des manipulations de cours, et ce, dans un temps très court. Pour ce qui est de l'élément intentionnel, ce dernier est d'emblée rejeté par l'AMF qui rappelle que la preuve de l'intention n'est pas requise pour les abus de marché.

Reste l'appréciation de l'élément légal. Alors que les textes de l'AMF sanctionnent l'utilisation abusive d'instruments sur le marché réglementé, cette décision très sévère applique de manière extensive un cas non prévu par les textes. En effet, l'agissement n'était pas visé par les textes en vigueur au moment des faits. Par renvoi au principe de légalité précédemment évoqué, « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi »<sup>125</sup>. Depuis, les textes de l'AMF ont été modifiés mais n'ont pourtant pas d'effet rétroactif. Dès lors, le respect du principe de légalité implique que la banque n'aurait pas dû être poursuivie. Pour autant, l'AMF considère que « en agissant sur un instrument financier, même situé sur un marché non-réglementé, dont le sous-jacent est sur un marché réglementé, le cours de celui-ci est perturbé »<sup>126</sup>. La Commission des sanctions affirme

---

<sup>124</sup> Commission des sanctions, Décision n°17, 4 décembre 2019, Paris.

<sup>125</sup> *Code pénal*, art.111-3.

<sup>126</sup> M-A FRISON-ROCHE, *Décision Morgan Stanley*, 18 décembre 2019 (en ligne). Disponible sur : <https://mafr.fr> (consulté le 25.02.2020).

alors respecter les principes inhérents à la matière pénale en recherchant la finalité des textes et donc, la manipulation de cours, manquement en cause.

La condamnation de la banque *Morgan Stanley* est une illustration concrète de l'application contestable du principe de légalité des délits et des peines au nom du principe de *compliance*. Alors que la banque avait respecté de manière littérale le droit dur, elle a été condamnée pour non-respect de la *compliance*. Selon le Professeur FRISON-ROCHE, « *l'on comprend bien le raisonnement du régulateur : il faut prévaloir l'efficacité, la sanction n'étant qu'un moyen de préserver l'intégrité du système financier (...) En cela, la sanction n'est qu'un instrument au service du marché, n'est qu'un instrument de compliance* »<sup>127</sup>.

Une certaine confusion dans le rôle de chaque acteur de la *compliance* est latente, le régulateur s'immiscant dans le fonctionnement de l'entreprise et dans les prérogatives du juge. Tous ont un rôle à jouer et il est alors primordial que chacun conserve sa nature, que ce soit l'État, le régulateur et le juge. Une entente des différents acteurs permettrait alors de développer de manière considérable les exigences de *compliance*.

## CONCLUSION TITRE I

La *compliance* tire les leçons d'un échec, celui des États modernes à contrôler par eux-mêmes les entreprises de taille significative selon les voies ordinaires du contrôle de légalité. Avec la loi Sapin II<sup>128</sup> et la loi sur le devoir de vigilance<sup>129</sup>, l'objectif était de remettre la France aux meilleures standards OCDE, adapter l'arsenal répressif français en matière de *compliance* mais aussi et surtout, protéger et renforcer la compétitivité des entreprises françaises sur le marché mondial. Alors que les contours de ce nouveau concept juridique ne font pas l'objet de consensus, la finalité est commune : inciter à la prévention par la mise en place de mesures de conformité.

---

<sup>127</sup> M-A FRISON-ROCHE, *Par sa décision « Morgan Stanley international » du 4 décembre 2019, la Commission des sanctions de l'AMF affirme l'application pourtant restrictive mais à un cas non prévu par les textes et allège le système de preuves des manquements d'abus à travers celui de la manipulation de cours* (en ligne). Disponible sur : <https://mafr.fr> (consulté le 10.04.2020).

<sup>128</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>129</sup> 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°0287, 10 décembre 2016.

## TITRE II

# L'INCITATION À LA PRÉVENTION PAR LA MISE EN PLACE DE MESURES DE CONFORMITÉ

En incitant à la prévention, le législateur invite les entreprises les plus importantes à intégrer en leur sein les techniques de *compliance*. « *Le croisement des démarches, impulsion et contrôle multimodal de l'État, d'une part, et stratégies de vigilance laissées à la discrétion des entreprises, d'autre part, engendre de surcroît, une hybridation des cultures juridiques entre la compliance et la conformité, voir un enrichissement mutuel lié à l'internormativité qui en résulte* »<sup>130</sup>. Dès lors, apparaît le caractère complexe de la relation entre les entreprises et l'État : « *top down* » pour l'action des pouvoirs publics et la promotion de la prévention (CHAPITRE I) et « *bottom-up* » pour les engagements volontaires des entreprises dont la démarche est valorisée (CHAPITRE II).

## CHAPITRE I

### L'INCITATION PAR L'ÉTAT, DES DÉMARCHES PROMUES

Par l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance<sup>131</sup> et de la loi Sapin II<sup>132</sup> sur la lutte contre la corruption, un changement de paradigme a eu lieu. Les acteurs traditionnels étant impuissants, le législateur a mis en place différents dispositifs dont l'objectif clairement affiché est de sensibiliser et responsabiliser les multinationales face aux enjeux éthiques de leur activité dans le monde. En décrivant le comportement que l'entreprise doit adopter, l'État propose et promeut un mode d'organisation entrepreneurial de plus en plus standardisé, en intégrant les exigences de normes externes à la documentation interne. Ainsi, par la *compliance*, se développe une « *nouvelle méthode du respect des règles* »<sup>133</sup> avec la promotion de techniques préventives (Section I) renforcée par le système d'alerte et d'évaluation (Section II).

---

<sup>130</sup> G. BRANELLEC et I. CADET, « Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law », *12<sup>ème</sup> Congrès du RIODD : Quelles responsabilités pour les entreprises ?*, RIODD, Paris, octobre 2017.

<sup>131</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), *JORF*, n°0074, 28 mars 2017.

<sup>132</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>133</sup> J-M SAUVÉ, « Compliance, droit public et juge administratif », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Série Régulations, Dalloz, 2017, p.47.

## Section 1 : La promotion d'un système préventif

Alors que le devoir de vigilance s'intéresse davantage à la protection des droits humains plutôt qu'à la lutte contre la corruption, des techniques de prévention similaires permettent une évaluation des différents paramètres de l'entreprise, que ce soit sa valeur (§2) ou les risques qu'elle encourt (§1).

### ***§1 : L'approche par les risques : la cartographie des risques, le socle commun du programme de conformité et de vigilance***

Dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le devoir de vigilance, la première mesure à mettre en place est « *une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation* »<sup>134</sup>. Cette cartographie, déjà évoquée dans la loi Sapin II, figurait au troisième point de l'article 17 de ladite loi évoquant « *une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques* »<sup>135</sup>. Il apparaît très clairement que, même si les deux lois ont un domaine d'action différent, la cartographie des risques répond aux mêmes exigences : une identification claire des risques (A), une analyse précise de ces risques (B) et une hiérarchisation permettant de les classer pour mieux les maîtriser (C).

#### **A- L'identification des risques**

Comme le souligne très justement l'AMF, « *la prise de risque est inhérente à la société. Il n'existe pas de croissance, ni de création de valeur dans une société sans prise de risque* »<sup>136</sup>. L'évolution des marchés, l'apparition de nouveaux concurrents et la crise économique sont autant de facteurs qui font de la prise de risque un facteur essentiel pour chaque entrepreneur. Néanmoins, l'AMF poursuit en rappelant que « *s'ils ne sont pas correctement gérés et maîtrisés, ces risques peuvent affecter la capacité de la société à atteindre ses objectifs* »<sup>137</sup>.

Par la cartographie des risques, le législateur propose aux entreprises françaises de transformer le risque en opportunité. Au préalable, il faut procéder à l'identification des différents risques auxquels la société s'expose. Quels sont les risques en présence et comment limiter leur survenance ou, le cas échéant, les maîtriser ?

Le risque représente une menace ou une opportunité manquée et se caractérise par un événement éventuel, incertain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un dommage<sup>138</sup>. L'identification des risques doit alors s'inscrire dans une démarche continue afin de les recenser et les centraliser. Mais il convient de rester pragmatique afin de circonscrire le domaine

---

<sup>134</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>135</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>136</sup> AMF, « Les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne », *Cadre de référence*, juillet 2010.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, 2016.



d'étude des risques. En effet, chacun de ces risques varie d'une activité à l'autre, d'un secteur à l'autre, ou même d'une entreprise à l'autre. Certains considèrent même que ces risques sont infinis<sup>139</sup>.

Depuis le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, avec l'accroissement des catastrophes en fréquence et en gravité, et l'intervention des pouvoirs publics renforçant les obligations juridiques de précaution, il paraît alors essentiel d'approcher le risque de manière globale en intégrant la complexité des entreprises en question. La gestion du risque était déjà appréhendée par l'Organisation internationale de normalisation avec la norme dite « ISO 31000 » qui définit le risque comme « l'effet de l'incertitude sur les objectifs à atteindre »<sup>140</sup>. L'identification de chaque risque permet alors de transformer cette incertitude en une situation concrète dont l'analyse approfondie permet d'appréhender les éventuelles conséquences.

## **B- L'analyse des risques**

L'analyse des risques est une étape qui consiste à examiner les potentielles conséquences des principaux risques et à apprécier leur possible occurrence. Pour faciliter cette démarche, certains auteurs se sont attachés à articuler ces risques en différentes classes<sup>141</sup>. Parmi elles, prédominent les risques géopolitiques, les risques financiers, les risques opérationnels, les risques informatiques ou encore les risques juridiques.

Dans un sondage réalisé par l'Association française des juristes d'entreprises (AFJE) en 2017, il apparaît très clairement que les risques qui préoccupent le plus les entreprises sont liés aux nouvelles technologies, comme la cybercriminalité et la protection des données personnelles. En revanche, l'environnement et la pollution ainsi que la corruption ne semblent pas être ceux dont les entreprises ayant mis en place une cartographie des risques se soucient le plus, n'apparaissant qu'au 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> rang dans le classement<sup>142</sup>.

Cet outil de gestion des risques permet d'indiquer les risques auxquels l'entreprise peut être confrontée de manière claire et précise. Pour ce faire, un graphique est proposé et fait apparaître les risques selon deux axes : l'impact en cas de survenance du risque, allant du non significatif au très significatif, et la fréquence du risque, allant de rare à quasi certain. L'analyse de la cartographie des risques permet alors de hiérarchiser les risques en fonction de leur survenance et de leur impact. Cette étape est essentielle puisqu'elle permet de faire prendre conscience, de manière synthétique, aux acteurs

---

<sup>139</sup> J-D DARSA et N. DUFOUR, « Regards croisés sur la gestion des risques en entreprise », in *La gestion des risques en entreprise*, Gereso, 4<sup>ème</sup> édition, Collection « Agir face aux risques », 2016.

<sup>140</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *ISO 31000 Management du risque* (en ligne). Disponible sur : <https://www.iso.org> (consulté le 18.03.2020).

<sup>141</sup> J-D DARSA et N. DUFOUR, *op.cit.*, p.23.

<sup>142</sup> AFJE, Résultats de l'enquête 2017 « *Entreprise, Loi Sapin 2 & Compliance* » (en ligne). Disponible sur : <https://www.affe.org> (consulté le 19.03.2020).

de l'entreprise des potentielles conséquences de leurs actes et les actions à mener pour atteindre leurs objectifs.

### **C- La hiérarchisation des risques**

La hiérarchisation des risques est l'ultime étape dans l'élaboration d'une cartographie des risques. Ainsi, pour les entreprises, l'objectif est de gérer les différents risques identifiés et analysés sans pour autant « *tuer l'initiative, c'est-à-dire sans créer un environnement tellement frileux face au risque qu'il conduise à la paralysie* »<sup>143</sup>.

En ce sens, l'AMF recommande de choisir un ou plusieurs plans d'actions adaptés en cas de survenance du risque. « *Pour maintenir les risques dans les limites acceptables, plusieurs mesures peuvent être envisagées : la réduction, le transfert, la suppression ou l'acceptation d'un risque* »<sup>144</sup>. À cette étape, se pose la question du coût/opportunité que les entreprises sont prêtes à supporter dans l'exercice de leur activité. L'enjeu de la cartographie des risques est de décrypter les crises et adopter des méthodes pour les maîtriser. Dans le sondage de l'AFJE, 50% des entreprises qui ont établi une cartographie des risques estiment qu'il est nécessaire que cette dernière soit mise à jour tous les ans.

Même si la loi sur le devoir de vigilance<sup>145</sup> et la loi anticorruption<sup>146</sup> s'appuient sur l'analyse de risques distincts, le point de départ reste le même : il s'agit d'une approche de la mise en conformité basée sur les risques. Une fois ces risques maîtrisés, il est possible d'appréhender la sensibilisation aux risques par la valeur.

### **§2 : L'approche par la valeur : les codes de conduite et les dispositifs de formation, la nouvelle politique à mener**

La cartographie des risques est utile pour dimensionner les mesures du dispositif anticorruption et du plan de vigilance. Aussi, la promotion de la prévention est renforcée par la mise en place de codes de conduite (A) et de dispositifs de formation (B).

#### **A- Le code de conduite, une obligation d'information**

À la lecture de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le devoir de vigilance, les entreprises visées ont l'obligation d'établir et mettre en œuvre « *de manière effective un plan de vigilance* »<sup>147</sup> et dans cette même perspective, la loi Sapin II impose l'élaboration d'un « *code de conduite définissant et illustrant*

---

<sup>143</sup> J-D DARSA et N. DUFOUR, *op.cit.*, p.33.

<sup>144</sup> AMF, « Les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne », *Cadre de référence*, juillet 2010.

<sup>145</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>146</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>147</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

*les différents types de comportements à proscrire* »<sup>148</sup>. Les codes ou plans énoncent « *des normes et des principes régissant la manière de conduire une société* »<sup>149</sup>.

Il existe divers termes pour désigner l'ensemble de ces normes et principes inscrits dans un document unique ; il peut s'agir d'un code de conduite, d'un code éthique, d'un programme anticorruption, de chartes ... Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le sens terminologique de chacun de ces supports puisqu'ils ont un seul et même objectif : énoncer des principes comportant des intitulés solennels visant à montrer l'existence d'une volonté d'un engagement éthique<sup>150</sup>. Pour autant, la démarche suivie par les entreprises n'est pas univoque et de nombreux domaines sont visés, tels que l'économie et la finance, les relations avec les partenaires commerciaux, l'environnement, les comportements des salariés et autres. Par conséquent, diverses formulations sont employées. Par exemple, certaines entreprises annoncent vouloir « *réduire significativement la fréquence et la gravité des accidents de travail* »<sup>151</sup>, d'autres énoncent « *le souci de donner à chaque collaborateur un environnement de travail moderne et de qualité* »<sup>152</sup>, ou encore « *souhaitent proposer des conditions d'emploi durable* »<sup>153</sup>. Plus encore, de nombreux textes comportent des expressions comme « *l'entreprise favorise* », « *est attentive à* », « *souhaite contribuer à* », « *participe à* », « *encourage* », «  *vise à promouvoir* »<sup>154</sup>.

Ainsi, ces codes de conduite et plans de vigilance sont des instruments destinés à démontrer l'importance que les entreprises attachent aux valeurs telles que l'interdiction du travail forcé, la non-discrimination, le respect de l'environnement, ou encore la lutte anticorruption. Ils manifestent la décision de l'instance dirigeante d'adopter une démarche de prévention et de détection de tout fait pouvant porter atteinte aux valeurs qu'elle s'est fixées.

À première vue, il s'agit d'une simple formalisation éthique qui consiste à édicter des principes en règles de conduite. Cependant, la loi Sapin II le précise, le code de conduite « *est intégré au règlement intérieur de l'entreprise* »<sup>155</sup>. Dès lors, certaines hypothèses dépassent le simple caractère déclaratif et atteignent le niveau de l'engagement formel, comme l'adjonction au règlement intérieur. D'ailleurs, les juges du fond le rappellent en considérant que « *le code de conduite et les instructions adjointes constituent des prescriptions générales et permanentes (...) et constituent à l'évidence une modification*

---

<sup>148</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>149</sup> OCDE, « Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique », *Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE*, juin 2000.

<sup>150</sup> B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue des sciences de gestion*, 2008.

<sup>151</sup> ARCELOR, *Code éthique* (en ligne). Disponible sur : <http://www.arcelor.com> (consulté le 19.03.2020).

<sup>152</sup> BOUYGUES, *Charte sociale internationale* (en ligne). Disponible sur : <http://www.bouygues.com> (consulté le 19.03.2020).

<sup>153</sup> ORANGE, *Charte* (en ligne). Disponible sur : <http://www.france-telecom.com> (consulté le 19.03.2020).

<sup>154</sup> CENTRE D'ÉTUDES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES, « Chartes éthiques et codes de conduites : états des lieux d'un nouvel enjeu social », *Alpha*, 2004.

<sup>155</sup> Article 17, II, 1° 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, *op.cit.*

*du règlement intérieur* »<sup>156</sup>. Par conséquent, les formulations inscrites dans les codes de conduite et les plans de vigilance doivent être connues des salariés et donc, appliquées par eux, sous peine, le cas échéant, d'une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement.

L'objectif est d'afficher des valeurs partagées par les employeurs et les salariés. Pour autant, certains considèrent que « *les codes manquent de déclinaisons concrètes en termes de formation ou de sensibilisation* »<sup>157</sup>. C'est en ce sens que le dispositif Sapin II prévoit également que les entreprises doivent mettre en place un dispositif de formation.

## **B- Les dispositifs de formation, une obligation de sensibilisation**

Parmi les mesures comprises dans le programme anticorruption de la loi Sapin II, figure au sixième point « *un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence* »<sup>158</sup>.

Dès lors, après avoir mis en place une cartographie des risques et un code de conduite, les entreprises doivent, pour être conforme, former l'ensemble des collaborateurs à la prévention de la corruption. D'ailleurs, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, l'AFA rappelle, lors d'une assignation pour défaut de déploiement du volet prévention<sup>159</sup>, qu'il est urgent de finaliser, dès à présent, la mise en œuvre des mesures de prévention et que les entreprises visées doivent avoir pour objectif de démontrer leur engagement au service d'une culture d'intégrité. Ainsi, cela passe nécessairement par la sensibilisation de tous les collaborateurs.

Par exemple, des modules d'*e-learning* sont mis à la disposition des dirigeants sociaux pour former leurs équipes. L'objectif est d'être en mesure de connaître la législation française et internationale et les sanctions applicables, de faire la différence entre les relations normales d'affaires et une situation de corruption et savoir quand, comment, et à qui reporter une situation suspecte au sein de l'organisation. Par ailleurs, dans ses recommandations, l'AFA indique que le contenu des formations doit être « *adapté à la nature des risques de corruption, aux fonctions exercées et aux zones géographiques d'activité de l'organisation. Il est actualisé régulièrement, en lien avec la mise à jour de la cartographie des risques* »<sup>160</sup>.

En déployant tout un arsenal préventif, l'objectif est de limiter le risque d'infraction aux règles auxquelles les entreprises sont soumises. La cartographie des risques impulse une démarche d'analyse

---

<sup>156</sup> TGI Nanterre, 6 octobre 2004, *RJS*, n°1244.

<sup>157</sup> D. PERROTTE, « Entreprises : à quoi sert le code de conduite ? », *Les Échos*, mars 2005.

<sup>158</sup> Article 17, II, 6° 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, *op.cit.*

<sup>159</sup> A. MOREAUX, « Jurisprudence Sonepar : première audience de la commission des sanctions de l'AFA », *Affiches parisiennes*, août 2019.

<sup>160</sup> 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'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, *version 12-2017*, 2017.

et de maîtrise du risque renforcée par le code de conduite et les formations. En parallèle, il paraît indispensable de procéder à une véritable libéralisation de la parole des acteurs de l'entreprise pour rendre effectif les dispositifs de vigilance et de *compliance*.

## **Section II : Le renforcement du système préventif en matière d'efficacité et d'évaluation**

Afin de renforcer les systèmes de lutte contre la corruption et de vigilance, les entreprises de taille significative devront se doter d'outils pour attester de l'efficacité du système de *compliance* mis en place. Parmi ces outils, l'on retrouve le dispositif d'alerte dont les contours seront mieux délimités et l'action mieux protégée (§1), ainsi qu'un dispositif de contrôle et d'évaluation des mesures (§2).

### ***§1 : Les lanceurs d'alerte, un recueil des signalements efficace par une protection accrue***

La protection des lanceurs d'alerte est une idée neuve en Europe et plus singulièrement en France. Avant, seules les autorités ou les officiers publics se voyaient reconnaître le droit, mais surtout l'obligation, de dénoncer auprès du parquet des faits d'une certaine gravité dont ils auraient eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Par quelques interventions successives, le législateur a tenté d'encadrer l'action des lanceurs d'alerte. Avec la loi Sapin II<sup>161</sup>, un socle commun a été créé (A) en instaurant un véritable cadre à la gestion interne des alertes (B).

#### **A- Le cadre externe du lanceur d'alerte**

Depuis de nombreuses années, des organismes internationaux, tels que *Transparency International*, se sont saisis de la question de la protection des lanceurs d'alerte afin de faire évoluer la législation en la matière<sup>162</sup>. La loi du 9 décembre 2016 a créé un régime général pour la protection des lanceurs d'alerte et en propose une définition.

En vertu de l'article 6 de la loi Sapin II, « un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit ». Il convient, d'ores et déjà, d'affirmer qu'un lanceur d'alerte n'est ni un espion, ni un dénonciateur ou encore un délateur<sup>163</sup>. Le lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale des faits susceptibles de menacer l'intérêt général.

Toutefois, cette disposition est susceptible de poser des difficultés au regard de l'articulation avec les autres procédures d'alerte prévues, notamment à l'article 17 de la loi Sapin II<sup>164</sup> relatif au dispositif d'alerte interne et, de surcroît, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de

---

<sup>161</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>162</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, *Lanceurs d'alerte* (en ligne). Disponible sur : <https://transparency-france.org/> (consulté le 24.03.2020).

<sup>163</sup> N. DEVOUÈZE, « De l'importance de la bonne foi du lanceur d'alerte », *Dalloz actualité*, 5 juillet 2016.

<sup>164</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

vigilance<sup>165</sup>. En effet, ces différents textes ont un champ d'application distinct. Alors que l'article 6 de la loi Sapin II ouvre un droit de signalement à toute personne ayant eu personnellement connaissance de « *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 graves pour l'intérêt général* », l'article 17 de la même loi permet aux salariés de signaler des manquements au code de conduite. Quant à l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le devoir de vigilance, il couvre les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité au travail et la protection de l'environnement.

Dès lors, selon les effectifs et le chiffre d'affaires, une entreprise sera dans l'obligation de mettre en œuvre l'ensemble de ces différentes procédures de signalement. Face à cette difficulté, l'AFA propose à ces entreprises de mettre en place une seule et même ligne d'alerte pour les trois dispositifs évoqués. Récemment, une directive européenne<sup>166</sup> a été adoptée afin d'assurer une protection uniforme et effective du lanceur d'alerte dans tous les États membres de l'Union européenne.

## **B- La protection et la gestion interne des alertes**

Afin de garantir l'efficacité du processus et prévenir les risques d'infraction ou de préjudice grave, la loi Sapin II<sup>167</sup> a assorti au dispositif d'alerte des garanties de confidentialité. Par l'effet du lien de subordination qui lie les salariés aux dirigeants de société, nombreuses étaient les situations dans lesquelles les atteintes au code de conduite ou toute autre violation de principes et règles éthiques n'étaient pas dénoncées. « *Ils sont très souvent la cible d'intimidations, de menaces et de représailles : licenciement, procès en diffamation, harcèlement ... Ils deviennent des personnes à protéger* »<sup>168</sup>.

Ainsi, tout au long de la procédure de signalement et de l'enquête, le lanceur d'alerte sera protégé. Le recueil des signalements et la gestion des alertes n'est pas laissé à la libre appréciation des personnes visées par la loi. Dans le chapitre relatif à « *la protection des lanceurs d'alerte* » de la loi Sapin II, le législateur a établi une hiérarchie dans la gestion de l'alerte<sup>169</sup>. Dès lors, l'alerte doit être portée, dans un premier temps, à la connaissance du supérieur hiérarchique ou d'un référent désigné par l'employeur. Dans l'hypothèse où le signalement n'a pas fait l'objet de diligence de la personne destinataire dans un délai raisonnable, l'alerte est portée à la connaissance de l'autorité judiciaire, à

---

<sup>165</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>166</sup> 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, *Journal officiel de l'UE*, 26 novembre 2019.

<sup>167</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>168</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* (en ligne). Disponible sur : <https://www.amnesty.fr> (consulté le 24.03.2020)

<sup>169</sup> Article 8 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, *op.cit.*

l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. À défaut de traitement dans un délai de trois mois, l'alerte pourra être rendue publique par l'un des organismes saisis.

La gestion des alertes en interne n'est pas simple et c'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'établir un processus à suivre en cas de signalement. Afin d'élaborer un dispositif d'alerte adapté, il faut prévoir un système de communication interne à l'entreprise permettant aux collaborateurs de prévenir tout cas de fraude ou de corruption suspectée ou avérée sans peur de répercussions. Par conséquent, divers canaux de diffusion peuvent être mis à disposition des collaborateurs comme un site internet attitré, une ligne téléphonique dédiée ou encore une adresse électronique destinée à recueillir les signalements. Par exemple, « *depuis 2011, n'importe quel salarié La Poste peut envoyer un message sécurisé à l'une des sept adresses emails spécialement réservées aux alertes* »<sup>170</sup>.

Dans cette même perspective, des dispositifs de contrôle comptable et d'évaluation interne doivent être mis en place pour attester de l'efficacité du système de *compliance* au sein des entreprises concernées.

## **§2 : Les dispositifs de contrôle et d'évaluation, l'ultime étape du système préventif**

Les entreprises visées par la loi Sapin II<sup>171</sup> et la loi sur le devoir de vigilance<sup>172</sup> doivent mettre en place des processus propres à contrôler (B) et évaluer (A) la mise en œuvre des techniques de *compliance*. L'idée est de pouvoir produire des informations précises sur la situation de l'entreprise, l'efficacité du dispositif mis en place et ses résultats.

### **A- La procédure d'évaluation des tiers étendue à la notion de « relation commerciale établie »**

Au regard de la cartographie des risques, les entreprises doivent, pour leurs principaux clients, fournisseurs et intermédiaires, disposer de documents attestant qu'ils ont effectué des diligences sur la situation de ces derniers<sup>173</sup>. L'ensemble des vérifications à opérer en vue d'une transaction permet une connaissance approfondie du partenaire potentiel par le biais d'une collecte d'informations et de documents sur les tiers avant que la relation ne soit formellement engagée. À titre informel et de manière exhaustive, ces informations peuvent porter sur l'identité du tiers, son actionnariat, le risque du pays, le secteur d'activité mais encore de manière plus précise, la mise en place par ce tiers de son propre dispositif de *compliance*. Il est conseillé que ces informations et documents soient mis à jour

---

<sup>170</sup> C. JOLY, Livre Blanc « La réputation pénale des dirigeants d'entreprises », *Baro Alto*, 2015.

<sup>171</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>172</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>173</sup> Article 17, II, 4° 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, *op.cit.*

périodiquement ou ponctuellement en cas d'évènement ayant une influence sur le niveau de risque, comme par exemple un changement de direction ou une opération de fusion-acquisition<sup>174</sup>.

Par ailleurs, l'AFA recommande d'effectuer ces vérifications sur un périmètre plus large que celui de l'article 17 de la loi Sapin II<sup>175</sup> qui vise seulement les clients, fournisseurs et intermédiaires. En effet, l'AFA vise aussi « *les tiers avec lesquels l'organisation est en relation ou entre en relation* »<sup>176</sup>. Aussi, pour les entreprises soumises au devoir de vigilance, ces procédures d'évaluation s'étendent à « *la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs, avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie* »<sup>177</sup>. La notion de « relation commerciale établie » illustre de manière significative le large champ d'application des procédures d'évaluation des tiers. En effet, cette notion étend le périmètre d'engagement du plan de vigilance. Inscrites aux articles L.420-2 et L.442-6 du Code de commerce, les relations commerciales établies sont caractérisées par leur régularité, leur caractère significatif et leur stabilité<sup>178</sup>. Cependant, les nombreuses jurisprudences à ce sujet démontrent que la notion de « relation commerciale établie » est sans cesse étendue, allant même jusqu'à considérer qu'elle outrepassse le cadre strict du contrat et va plus loin que la prise en compte des seules parties à la relation<sup>179</sup>.

L'intégralité du dispositif d'évaluation du tiers ainsi que l'historique des modifications sont à conserver cinq ans après la cession de la relation d'affaires. Par ailleurs, le dispositif de contrôle ne se limite pas à la seule évaluation des tiers puisque la loi Sapin II impose de mettre en place des « *procédures de contrôles comptables* »<sup>180</sup>.

## **B- La procédure de contrôle comptable, une précaution interne**

Les entreprises soumises à la loi Sapin II doivent mettre en place « *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* »<sup>181</sup>. En outre, le législateur précise que « *ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financiers*

---

<sup>174</sup> K. HAERI et V. MUNOZ-PONS, « La création d'un référentiel anticorruption à la française », *Daloz actualité*, 23 mars 2020.

<sup>175</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>176</sup> 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'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », *version 12-2017*, 2017.

<sup>177</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>178</sup> Cass.com, 15 septembre 2009, n°08-19.200, *Bull. IV n°11*.

<sup>179</sup> E. CHEVRIER, « Rupture d'une relation établie : extension de la notion », *Recueil Dalloz*, 2012, p.2382.

<sup>180</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>181</sup> Article 17, II, 5° 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, *op.cit.*



*propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de compte prévus à l'article L.823-9 du Code de commerce »<sup>182</sup>.*

La réalisation des contrôles comptables a pour objectif de détecter des infractions éventuelles, à partir de données comptables et financières de l'entreprise. Le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) propose trois grandes catégories de contrôle<sup>183</sup> :

- des tests sur des opérations spécifiques ne résultant pas de l'activité principale de l'entreprise et qui, pour autant, pourraient être de nature à masquer des cas de corruption ou de trafic d'influence,
- des tests sur les transactions pouvant résulter des activités principales de l'entreprise en lien avec les principaux risques de corruption identifiés dans la cartographie des risques et l'évaluation des tiers,
- des tests sur des transactions sélectionnées aléatoirement.

Alors qu'il est recommandé que l'entreprise précise le cadre d'ensemble pour réaliser ces différents tests en lien avec la cartographie des risques et l'évaluation des tiers, ces démarches ne sont pas sans coût et impliquent une relation continue de l'entreprise avec divers partenaires tels que des comptables et des fiscalistes. Toute anomalie détectée dans le cadre d'un de ces contrôles devra faire l'objet d'un examen plus approfondi et sera traitée selon les procédures internes définies par l'entreprise.

Par la promotion de ces différentes mesures de conformité, l'État incite les entreprises à assurer, elles-mêmes et en leur sein, des dispositifs afin de réduire significativement le risque d'infraction. En détaillant le comportement qu'elles doivent adopter, l'État français laisse toutefois une grande latitude à ces entreprises pour mettre en œuvre ces dispositifs. En prônant la prévention plutôt que la réparation, la transparence plutôt que la rétention d'information et l'implication plutôt que la centralisation, l'État met au cœur du système de *compliance* l'entreprise qui adopte spontanément ces nouvelles démarches de conformité.

## **CHAPITRE II**

### **L'INCITATION PAR L'ENTREPRISE, DES DÉMARCHES VALORISÉES**

Les entreprises se sont très vite saisies du phénomène de *compliance*. Après avoir subi les sanctions pécuniaires des autorités américaines, la loi Sapin II<sup>184</sup> et la loi relative au devoir de

---

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> MEDEF, « Guide pratique : Le dispositif anticorruption de la loi Sapin II », septembre 2017 (en ligne). Disponible sur : <https://www.medef.com/fr> (consulté le 24.03.2020)

<sup>184</sup> 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, 10 décembre 2016.

vigilance<sup>185</sup> ont offert à ces dernières un cadre législatif leur permettant d'assurer en leur sein un système de *compliance* efficient. La démarche volontaire de l'entreprise est alors au cœur de ce nouveau système juridique. Elles deviennent « *elles-mêmes actrices du contrôle de l'application des règles qui s'imposent à elles* »<sup>186</sup>. Au fil du temps, les entreprises ont alors organisé en leur sein un dispositif de transparence et de confiance justifiant leur façon de gouverner (Section I). Dans un même temps, « *la pertinence des réponses apportées, de la performance des dispositifs mis en œuvre et de l'efficacité des résultats obtenus dépendra la pérennité de l'entreprise* »<sup>187</sup>, hissant la *compliance* en un véritable outil de performance économique (Section II).

### **Section I : La *compliance*, un indicateur de bonne gouvernance**

À mesure que les dispositifs de prévention et de gestion des risques sont mis en place, la question de la gouvernance d'entreprise devient cruciale et stratégique. Ainsi, il est précisé que « *l'objectif de la *compliance* n'est pas de changer le business model d'une entreprise, mais de l'accompagner et l'améliorer en se conformant aux réglementations existantes et à celles qui viennent de voir le jour car elles représentent un avantage culturel et compétitif* »<sup>188</sup>. La bonne gouvernance apparaît alors comme un facteur clé du développement de la transparence (§1) et de la confiance (§2) au sein des relations économiques dont les entreprises ont saisi tous les enjeux.

#### **§1 : De la transparence dans les transactions**

À juste titre, il est souligné que « *si l'on ne peut contrôler certains risques, c'est grâce à des relations de confiance basées sur la transparence qu'on peut gagner en résilience et en agilité et transformer ces risques en avantage concurrentiel pour l'entreprise* »<sup>189</sup>. Dès lors, pour renforcer cet idéal de transparence, le législateur occulte le voile de l'autonomie juridique des sociétés (B) tout en renouvelant l'importance du droit à l'information (A).

#### **A- L'importance de l'information en droit des sociétés**

Alors que le droit des affaires est très largement marqué par le principe du secret et de la libre organisation interne des entreprises, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour l'atténuer et intégrer davantage de transparence dans les relations économiques. Il n'existe pas de réelle définition du concept de transparence en droit mais pour autant, et selon un consensus général, il s'agit du droit de savoir et de l'accès du public à l'information.

---

<sup>185</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>186</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire 2019/1* (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>187</sup> J-D DARSA et N. DUFOUR, « Regards croisés sur la gestion des risques en entreprise », in *La gestion des risques en entreprise, Gereso, 4ème édition, Collection « Agir face aux risques »*, 2016.

<sup>188</sup> F. SCHLEGEL, « La culture de la *compliance* », in *Compliances*, 24 mai 2018.

<sup>189</sup> M. DUNN, « Parole d'expert : la confiance et la transparence en entreprise », *LexisNexis*, 2018.

Au départ, les dirigeants devaient fournir des informations de nature exclusivement financières sur la façon dont ils dirigeaient leur société. Puis le droit à l'information s'est étendu à d'autres enjeux mis en lumière par le mouvement de *corporate governance* né aux États-Unis, et qui se définit comme le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées. Par le biais d'un rapport de gestion<sup>190</sup> et d'une déclaration extra-financière<sup>191</sup>, les instances dirigeantes sont tenues de fournir à l'assemblée des actionnaires des informations sur l'évolution financière de la société et sur la manière dont elle prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Au-delà de cette nécessité d'informer les actionnaires, les grandes entreprises françaises sont désormais soumises à de nouvelles obligations qui renforcent le droit de la RSE en question. « *Malgré une ferme opposition du Sénat qui a cherché à limiter la portée de la loi sur le devoir de vigilance a une simple obligation de reporting, le législateur français a renforcé les obligations des entreprises en matière de RSE en leur imposant désormais d'intégrer au sein de leur politique sociétale et de groupe la prévention des risques* »<sup>192</sup>.

En établissant un plan de vigilance et un code de conduite, les entreprises de taille significative divulguent leur manière de gouverner et les actions mises en œuvre en matière de risques sociaux, de risques environnementaux et de lutte contre la corruption. D'ailleurs, le renforcement de la transparence dans les relations économiques augmente les chances de détection des pratiques corrompues et peut avoir un effet dissuasif<sup>193</sup>. Aussi, les procédures d'évaluation de la situation des tiers permettent de remettre le dialogue, l'équité et la transparence au sein de la négociation commerciale. Enfin, l'accès libre des chartes éthiques et des codes de conduite sur internet permet aux investisseurs, salariés et autres parties prenantes ainsi qu'aux médias de mettre en évidence les avancées réalisées d'une entreprise en matière d'éthique.

La transparence est donc liée à la gouvernance, système dirigé « *par une personne ou par un groupe de personnes détenant le pouvoir et ayant la responsabilité d'atteindre les objectifs de l'organisation* »<sup>194</sup>. Afin de consolider les démarches volontaires des entreprises à l'égard des sous-traitants, fournisseurs, ou clients en général, le législateur a fait le choix du lien entre pouvoir économique et responsabilité en restaurant la responsabilité des différents acteurs à la hauteur de leur pouvoir respectif, et ce, au-delà de l'écran des personnes morales.

---

<sup>190</sup> Code de commerce, article L.225-100-1.

<sup>191</sup> Code de commerce, article L.225-102-1.

<sup>192</sup> V. MERCIER, « De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE », in *RSE & Médiation – Regard croisé France-Canada*, LGDJ, 2018.

<sup>193</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, *Rapport mondial sur la corruption*, 2003 (en ligne). Disponible sur : <https://www.transparency.org> (consulté le 1.04.2020).

<sup>194</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *ISO 26000 Responsabilité sociétale* (en ligne). Disponible sur : <https://www.iso.org> (consulté le 1.04.2020).

## **B- L'abandon du principe de l'autonomie de la personnalité juridique**

Par la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>195</sup>, une chaîne de responsabilité a été créée et « *visé implicitement mais nécessairement les administrateurs qui, dans l'exercice collégial de leur mandat, n'auraient pas pris toutes les assurances d'une identification et d'une gestion adéquate des risques* »<sup>196</sup>. Dès lors, pour renforcer cet idéal de transparence et de prise de responsabilité, le législateur atténue le principe d'autonomie juridique des sociétés.

Selon le rapport sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance, « *le principe d'autonomie de la personnalité juridique constitue la principale difficulté rencontrée dans la voie de l'instauration d'une obligation de vigilance des entreprises donneuses d'ordre et des sociétés mères* »<sup>197</sup>. Par principe, l'autonomie juridique des sociétés implique que les éléments affectants une société intégrée dans un groupe ne puissent être reprochés à la société à la tête du groupe, dite « société mère ». En effet, le terme de « groupe » est purement économique et dépourvu de valeur juridique. Le droit n'appréhende pas, comme un ensemble indivisible la société mère et ses filiales. Dès lors, l'autonomie de la personnalité juridique des sociétés d'un même groupe constitue « *un voile entre la société-mère et ses filiales* » et empêche d'engager la responsabilité de la première pour les actions de la seconde. Ainsi, « *cette construction juridique néglige la réalité économique et les impacts que les sociétés du groupe peuvent avoir sur les droits humains et sur l'environnement* »<sup>198</sup>.

Par conséquent, le législateur a aménagé des exceptions dont la finalité est de se débarrasser de l'opacité de la personnalité morale, ce qui « *permet de contourner le principe d'autonomie de la personnalité juridique* ». Bien que la gestion d'une filiale soit appréciée indépendamment de la gestion de la société mère, cela n'empêche pas de reconnaître un lien, parfois très ténu, entre les deux. Dès lors, avec le nouvel article L.225-102-4 du Code de commerce, ce sont toutes les sociétés mères et leurs filiales, directes ou indirectes, qui sont visées par ces nouvelles obligations de vigilance. La responsabilité civile délictuelle de l'entreprise donneuse d'ordre pourra alors être engagée en cas de dommage survenu dans l'une des entreprises visées par le plan de vigilance. La responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre est innovante puisque le législateur met en œuvre

---

<sup>195</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>196</sup> Y. QUEINNEC et A. CONSTANTIN, « Devoir de vigilance : les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *Revue Lamy droit des affaires*, n°104, 1<sup>er</sup> mai 2015.

<sup>197</sup> D. POTIER, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *Assemblée Nationale*, n°2628, 11 mars 2015.

<sup>198</sup> *Ibid.*

« une intégration délictuelle entre les entreprises dont la dépendance juridique ou économique n'est pas caractérisée »<sup>199</sup>.

Les entreprises donneuses d'ordre, conscientes que leur responsabilité pouvait dès à présent être engagée pour des faits commis par leurs filiales, divulguent, de manière spontanée, les détails sur l'adaptation de leurs contrats avec les fournisseurs et sous-traitants. Toutefois, contourner le risque d'engagement de la responsabilité en renforçant la transparence dans les différentes transactions n'est pas le seul objectif des entreprises françaises. Elles s'efforcent, en même temps, de promouvoir la confiance dans les relations d'affaires.

## **§2 : De la confiance dans les relations**

La *compliance* est un processus qui engage les entreprises françaises dans une démarche éthique et transparente cohérente. Pour ce faire, l'organisme *Transparency International* a élaboré un guide pratique à l'usage des dirigeants et des collaborateurs « pour mettre en œuvre le déploiement des mesures que leur politique d'intégrité exige »<sup>200</sup> (B) en soulignant qu'une « attention particulière doit être accordée à la question des conflits d'intérêts »<sup>201</sup> (A).

### **A- Les conflits d'intérêts, un risque de défiance**

Pour que confiance ne rime pas avec défiance, il faut que les présidents, directeurs généraux et gérants de société, en charge des mesures destinées à prévenir et à détecter des faits de corruption ou de trafic d'influence, mettent en place une stratégie afin de gérer les éventuels conflits d'intérêts.

En effet, il est tout aussi essentiel de prévenir les conflits qui pourraient avoir lieu en interne. Les codes de conduite ou chartes éthiques élaborés par les entreprises définissent des principes et attentes relatives aux comportements de l'ensemble des collaborateurs. Mais, dans la plupart des cas, ils ne peuvent couvrir toutes les situations ou dilemmes auxquels sont confrontés les collaborateurs. Par exemple, lors de l'étude de la cartographie des risques<sup>202</sup>, il est observé que les risques les plus couverts sont liés aux fournisseurs (90,8%) ou aux clients (86,2%). Pour autant, les conflits qui ont lieu au sein même de l'entreprise ne sont pas à négliger. « Une attention particulière doit être accordée à la question des conflits d'intérêts car ceux-ci peuvent, s'ils sont mal maîtrisés, ouvrir la porte à des atteintes importantes à la probité »<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> G. BRANELLEC et I. CADET, « Le devoir de vigilance des entreprises françaises. : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law », *12<sup>ème</sup> Congrès du RIODD : Quelles responsabilités pour les entreprises ?*, RIODD, Paris, octobre 2017.

<sup>200</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, « Guide pratique des conflits d'intérêts dans l'entreprise » (en ligne). Disponible sur : <https://transparency-france.org> (consulté le 1.04.2020).

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> AFJE, Résultats de l'enquête 2017 « *Entreprise, Loi Sapin 2 & Compliance* » (en ligne). Disponible sur : <https://www.afje.org> (consulté le 19.03.2020).

<sup>203</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, *op.cit*

Par le terme « conflit », il faut entendre une « *opposition de vues ou d'intérêts, mésentente, situation critique de désaccord pouvant générer un litige* »<sup>204</sup>. Selon la doctrine majoritaire, « *le conflit d'intérêt vise toute situation dans laquelle un actionnaire ou un dirigeant choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires* »<sup>205</sup>.

La loi encadre déjà un certain nombre de situations qui pourraient conduire à un conflit d'intérêts en prohibant des comportements portant atteinte à l'intérêt de l'entreprise. C'est le cas, notamment, de l'abus de bien social<sup>206</sup> ou de la prise illégale d'intérêts<sup>207</sup>. Pour autant, toutes les situations ne font pas l'objet d'un encadrement par la loi. C'est pourquoi les codes de conduite permettent aux dirigeants de définir les grands principes qui doivent gouverner la bonne gestion de l'entreprise et donc, des éventuels conflits d'intérêts. En ce sens, le dispositif de formation prévu dans la loi Sapin II<sup>208</sup> permet de sensibiliser les collaborateurs et les dirigeants à l'identification, la prévention et la gestion des conflits d'intérêts. Aussi, le dispositif d'alerte interne encourage « l'auto-déclaration spontanée » dans l'hypothèse où une personne, dans l'exercice de ses missions, a pris conscience de l'existence d'un conflit d'intérêts ou de l'existence d'une situation pouvant laisser penser qu'il existe un conflit d'intérêts.

La *compliance* n'est pas qu'un simple programme, c'est un état d'esprit, une démarche et plus globalement, une culture d'entreprise qu'il faut diffuser dans l'ensemble de la structure.

## **B- Le renforcement de l'intégrité de l'entreprise**

En détaillant les mesures que doit comporter un plan de vigilance ou un programme de conformité, le législateur encourage les entreprises à affirmer clairement la politique qu'elles mènent en matière d'intégrité. Alors que la loi Sapin II<sup>209</sup> concerne davantage les risques économiques liés aux manquements à la probité, la loi sur le devoir de vigilance<sup>210</sup> met l'accent sur des valeurs sociales et environnementales. Pour autant, bien que le ton soit donné par les dirigeants sociaux, ces dispositifs n'auraient aucune efficacité pratique et juridique s'ils n'étaient pas suivis par l'ensemble des parties prenantes, et notamment les salariés.

La *compliance* prend de l'ampleur lorsqu'elle dépasse le strict cadre de la conformité aux réglementations, nationales ou internationales, et qu'elle s'intéresse aux normes professionnelles, à la

---

<sup>204</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique, *Association Henri Capitant*, PUF, 13<sup>ème</sup> édition, 2020.

<sup>205</sup> D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », *éd. JOLY*, 2004, p.31.

<sup>206</sup> *Code de commerce*, art. L.241-3.

<sup>207</sup> *Code pénal*, art. 432-12.

<sup>208</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> 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, 28 mars 2017.

déontologie et aux valeurs partagées au sein de l'entreprise. Avec l'exemplarité donnée par le haut et donc, les instances dirigeantes, il est primordial de mener des actions de sensibilisation, comme c'est le cas avec le dispositif de formation et d'évaluation prévus dans la loi Sapin II<sup>211</sup>, afin qu'une culture de la *compliance* soit diffusée au sein de l'entreprise. « *La culture doit susciter une adhésion réelle de chaque collaborateur et dirigeant de l'organisation à un corpus de valeurs, et surtout de normes internes érigées en cohérence avec ces valeurs* »<sup>212</sup>. En effet, un code de conduite bien rédigé et une cartographie des risques bien analysée ne garantissent pas, à eux seuls, l'efficacité du système de *compliance*. L'état d'esprit des salariés et leur adhésion est tout aussi importante.

Dès lors, au-delà des exigences légales, il faut impliquer les salariés dans cette culture de l'intégrité afin de hisser la *compliance* comme un véritable processus éthique efficace et efficient. Pour autant, définir ce qu'est une culture de l'intégrité n'est pas aisé puisqu'elle repose sur un ensemble de valeur qui évoluent d'un système à l'autre, d'une personne à l'autre. Un salarié, ou plus largement, une partie prenante, qui ne respectera pas la culture d'intégrité diffusée par l'entreprise pourra lui être préjudiciable, notamment en termes de réputation et de compétitivité.

## **Section II : La *compliance*, un vecteur de compétitivité**

La *compliance* est un processus qui vise à assurer une bonne gouvernance dans l'entreprise mais ce n'est pas la seule vertu qu'on lui accorde. La gouvernance d'entreprise « *n'est pas qu'un moyen de discipliner la responsabilité et de responsabiliser les dirigeants. Elle est une quête permanente de meilleurs systèmes de gestion des hommes et des ressources* »<sup>213</sup>. Ainsi, la *compliance* devient un outil de croissance économique qui a le « *mérite d'être appréhendée comme un enjeu stratégique* »<sup>214</sup> (§1) et qui doit sans cesse faire l'objet d'évolution (§2).

### **§1 : La *compliance* au cœur de la stratégie entrepreneuriale**

Partant de la cartographie des risques, et plus globalement du code de conduite et du plan de vigilance, il faut définir le « *tone from the top* », c'est-à-dire le message et l'impulsion de la direction générale de l'entreprise, le périmètre et les thèmes de la *compliance*<sup>215</sup>. Une fois ces données bien maîtrisées, il s'agit d'ériger la *compliance* comme un outil de compétitivité, c'est-à-dire susceptible, grâce à ses qualités et à ses caractéristiques, de supporter la concurrence<sup>216</sup> (A). Cependant, la

---

<sup>211</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>212</sup> G. FIFE et J-Y TROCHON, « « L'audit de la culture d'éthique et de compliance de l'entreprise », *Éthique valeurs et cultures d'entreprises*, n°11, 2017.

<sup>213</sup> J. THÉRON, *Codes de gouvernance : éclairage juridique* (en ligne). Disponible sur : <http://fdir.idei.fr> (consulté le 26.03.2020).

<sup>214</sup> R. FAMILY, « La gouvernance de la compliance », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n°4, décembre 2017.

<sup>215</sup> O. CHADUTEAU, « Quand la compliance devient un avantage compétitif », *Revue des juristes de sciences po*, n°16, janvier 2019.

<sup>216</sup> Dictionnaire Larousse de poche, 2020.

*compliance* n'offre pas seulement un avantage concurrentiel puisque le risque réputationnel est aussi un enjeu à prendre en compte (B).

### A- Un avantage concurrentiel

Les entreprises attendent que le droit soit un moyen au service de leur compétitivité et de leur performance<sup>217</sup>. En effet, alors que la loi Sapin II<sup>218</sup> et le devoir de vigilance<sup>219</sup> astreignent ces dernières de nouvelles obligations légales, s'engager dans la *compliance* est une démarche de gestion du risque qui peut devenir une opportunité.

De prime abord, il est difficile d'imaginer que la mise en place d'un programme de *compliance* est une opportunité, ou du moins, d'un point de vue financier. Identifier les risques de l'entreprise, prévenir et combattre ces derniers, les mettre à jour ou encore développer une culture de l'intégrité en sensibilisant et formant ses collaborateurs n'est pas sans coût. Pour autant, « *en paraphrasant la phrase d'Abraham Lincoln, 'si vous trouvez que l'éducation coûte cher, essayez l'ignorance', nous pourrions dire 'si vous trouvez que la compliance coûte cher, essayez la non-compliance'* »<sup>220</sup>. Compte tenu du contexte de la mondialisation de l'économie et de la concurrence accrue, la « *non-compliance* » est devenu un risque critique. L'amende record de plus de neuf milliards de dollars à l'encontre de BNP Paribas, les deux milliards de dollars payés par HSBC ou encore la condamnation française d'UBS de quatre milliards d'euros pour évasion fiscale suffisent à donner l'exemple. Il est donc facile d'imaginer que le coût de la sanction en cas de non-conformité est bien plus important que le coût de mise en œuvre d'un système de *compliance* efficient.

Outre l'aspect financier, la *compliance* est aussi un atout sur le marché. « *Il faut rappeler que la compétitivité est relative et contextuelle car elle se construit par rapport à des concurrents sur un marché défini et permet non seulement de créer un avantage vis-à-vis des concurrents existants, mais également créer des barrières à l'entrée vis-à-vis d'entreprises souhaitant arriver sur ce même marché* »<sup>221</sup>. Il a été observé que les entreprises développant une politique de *compliance* ont vu leur capacité d'accès au marché facilitée. En effet, de plus en plus d'investisseurs ne souhaitent plus, ou ne peuvent plus, faire affaire avec des sous-traitants, fournisseurs ou clients n'ayant pas mis en place un programme de conformité efficient. Le risque de la sanction étant omniprésent, les entreprises dotées d'un dispositif de *compliance* ont alors un avantage considérable par rapport aux entreprises non-éthiques.

---

<sup>217</sup> R. QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, p.15 à 21.

<sup>218</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>219</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>220</sup> O. CHADUTEAU, *op.cit*, p.33 et suiv.

<sup>221</sup> *Ibid.*



Par ailleurs, « *organiser la compliance et lutter notamment contre la corruption ou remplir ses obligations au titre de la loi sur le devoir de vigilance, c'est enfin un enjeu de business ou d'image* »<sup>222</sup>.

## **B- Un avantage réputationnel**

Au-delà des coûts financiers évoqués et de l'accès au marché favorisé, la *compliance* permet aussi de protéger l'image et la réputation de l'entreprise. Les coûts réputationnels pour les entreprises et leurs dirigeants ne sont pas à négliger. « *Le discrédit porté sur l'entreprise sanctionnée, la perte de confiance et de motivation chez les employés et managers du groupe sanctionné, la perte de crédibilité auprès des candidats à l'embauche sont autant de coûts difficilement quantifiables* »<sup>223</sup> et qui ont, pour autant, un impact tout aussi important que l'aspect économique de la gestion des risques.

Effectivement, le bien-être des salariés dans l'entreprise est à prendre en compte pour une image valorisée de l'entreprise. L'intégrité des employeurs et les bonnes pratiques internes font partie des critères de sélection des jeunes candidats entrant sur le marché du travail. Aussi, « *au-delà des plus jeunes, les employés traditionnels ne veulent plus non plus travailler pour des employeurs aux comportements et pratiques illicites* »<sup>224</sup>.

Pourtant, les salariés ne sont pas les seules parties prenantes à prendre en compte dans l'aspect réputationnel de l'entreprise. La *compliance* est un facteur de différenciation permettant « *la préférence aux yeux des parties prenantes internes et externes et notamment des consommateurs/clients* »<sup>225</sup>. En effet, les attentes de la société civile sont sans cesse plus importantes. La *compliance* permet alors d'instaurer un climat de confiance et de remettre l'intérêt du client en première ligne. C'est d'ailleurs ce que prône le Groupe Crédit Agricole qui, dans sa charte éthique, énonce que « *au-delà de l'application de l'ensemble des règles législatives, réglementaires et professionnelles qui régissent nos différentes activités, traduit notre volonté de faire encore plus pour servir au mieux nos clients, qui sont depuis la création de notre Groupe, la raison même de notre existence* »<sup>226</sup>.

De manière paradoxale, la *compliance*, qui a vocation à orienter le comportement des entreprises, devient une obligation juridique dans un contexte où les enjeux ne sont plus seulement financiers mais aussi extra-financiers. Le dirigeant se retrouve face à une multitude de risques dont la gestion peut être facilitée par le « *compliance officer* » qui a la mission est de protéger les actifs les plus importants de l'entreprise, à savoir ses clients et sa réputation.

---

<sup>222</sup> C. DELHAYE, « La compliance, plus qu'une défense de l'éthique à la compliance », *Le Journal du Management*, 2019, p.63.

<sup>223</sup> P. LAPORTE, « La compliance dans les entreprises françaises : évolution des pratiques, enjeux, questions pour le futur », *Association Cercle Montesquieu*, in Les réponses de la société civile, Défis n°9, 2018, p.90.

<sup>224</sup> C. DELHAYE, *op.cit.*, p.63.

<sup>225</sup> O. CHADUTEAU, « Quand la compliance devient un avantage compétitif », *Revue des juristes de sciences po*, n°16, janvier 2019.

<sup>226</sup> CRÉDIT AGRICOLE, *Charte éthique* (en ligne). Disponible sur : <https://www.credit-agricole.fr> (consulté le 19.03.2020).

## **§2 : La compliance, un dispositif en pleine évolution**

Selon une étude menée un an après l'entrée en vigueur de la loi Sapin II<sup>227</sup>, « plus de 80% des répondants ont nommé un *compliance officer* »<sup>228</sup>. Le *compliance officer* (CCO), a vu le jour suite à la multiplication des réglementations relatives à la *compliance* au sein des entreprises de taille significative. Longtemps cantonné au domaine bancaire et dorénavant très sollicité, il est qualifié de véritable chef d'orchestre (A) dont la coordination avec les autres fonctions de l'entreprise reste essentielle (B).

### **A- Le *compliance officer*, le véritable chef d'orchestre de la fonction conformité**

La nomination d'un *compliance officer* devient enjeu stratégique. Compte tenu de la gravité des conséquences en cas de corruption ou de manquement au devoir de vigilance, la fonction conformité « constitue un enjeu stratégique relevant par nature, et le cas échéant en vertu de la loi, de la responsabilité de l'instance dirigeante »<sup>229</sup>. Effectivement, en cas d'absence de mise en place des mesures prévues ou d'obstacle à la bonne exécution des obligations qui en découlent, les dirigeants peuvent être personnellement sanctionnés, à hauteur de deux ans d'emprisonnement et cinquante mille euros d'amende. L'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant implique donc qu'il mette tout en œuvre pour identifier et maîtriser les risques auxquels l'entreprise est exposée.

Ainsi, pour assurer une bonne gouvernance au sein de son entreprise, le dirigeant « désigne le responsable de la fonction conformité et s'engage à le protéger contre les pressions qu'il pourrait rencontrer »<sup>230</sup>. La présence d'un CCO au sein d'une entreprise est essentielle, puisqu'il est « un funambule de la norme autant qu'un chef d'orchestre : il doit adapter la loi aux métiers et les métiers à la loi afin d'orchestrer la conformité de l'entreprise - sans l'alourdir »<sup>231</sup>. Dès lors, la principale mission du CCO est de veiller au respect des différentes réglementations, de plus en plus complexes et extraterritoriales, dans la perspective de l'entreprise, son activité, son fonctionnement et ses enjeux. Il doit donc « conseiller, former, sensibiliser les salariés et les parties prenantes de l'entreprise à la compliance, à l'éthique des affaires, à la conformité, notamment dans le contexte de la responsabilité sociétale et environnementale »<sup>232</sup>. C'est d'ailleurs lui qui élabore le programme de conformité ou le plan de vigilance, en établissant notamment la cartographie des risques, en rédigeant le code de conduite ou encore en mettant en place la procédure d'alerte interne, et qui en pilote sa mise en œuvre.

---

<sup>227</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>228</sup> DE GAULLE FLEURANCE ET ASSOCIÉS (avocats), Étude dite « Restitution enquête Loi Sapin II – Programme anticorruption : un an après », 2018.

<sup>229</sup> AFA, Guide pratique sur « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, janvier 2019.

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> E. DAOUD, « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le *compliance officer* ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n°143, décembre 2018.

<sup>232</sup> B. CORDIER, « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Revue Analyse financière*, n°58, mars 2016.

Toutefois, la nomination d'un CCO n'est pas une obligation, contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture du guide de l'AFA<sup>233</sup>. D'ailleurs, l'organisation de la fonction conformité au sein d'une entreprise dépend très largement de sa taille, de la nature de ses activités, mais aussi du degré d'engagement de l'instance dirigeante.

Pourtant, véritable cheville ouvrière du système de *compliance* au sein des entreprises de taille significative, le CCO transforme les risques en véritables opportunités. Pour ce faire, il a besoin de s'appuyer sur des compétences complémentaires et collaborer avec les différents intervenants de l'entreprise.

## **B- La place transversale du *compliance officer* au sein de l'entreprise**

Afin que l'action du *compliance officer* soit pleinement efficace, la fonction conformité dont il a la charge doit s'articuler autour des autres fonctions de l'organisation et les autres domaines de la conformité. En effet, les programmes de conformité s'appliquent à toute l'organisation et donc, à tous les collaborateurs. Le CCO doit alors être attentif aux différents intervenants de l'entreprise, que ce soit « *les départements finance, juridique, ressources humaines, audit interne, protection des données personnelles, devant en particulier être mis à contribution* »<sup>234</sup>. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que les CCO peuvent venir d'horizons très variés et ne sont pas de simples juristes ; il peut s'agir de commerciaux, de financiers, d'ingénieurs, d'auditeurs... « *C'est cette complémentarité et cette diversité qui font la richesse d'une équipe compliance, par une meilleure compréhension de toutes les parties prenantes* »<sup>235</sup>.

Alors que l'AFA reconnaît à chaque entreprise la liberté d'organiser la fonction conformité comme elle le souhaite et de la rattacher au département le plus pertinent pour l'entreprise, le positionnement du CCO dans l'organisation est toutefois important. Effectivement, il a le pouvoir d'obtenir toute information nécessaire pour l'accomplissement de sa mission et dispose d'une indépendance qu'il faut préserver par rapport aux autres fonctions de l'entreprise. Il faut toutefois rappeler qu'il entretient un lien direct et régulier avec l'instance dirigeante. Par conséquent, il doit rendre des comptes par le biais de rapports périodiques à la direction et établir un lien avec le comité d'audit.

Par ailleurs, « *le compliance officier doit être un véritable point de contact pour tous les collaborateurs, et sera consulté en cas de doute sur une situation délicate qui questionne tout collaborateur exposé à la corruption* »<sup>236</sup>. En contact étroit avec ces derniers, s'est posée la question de savoir si le CCO pouvait être un lanceur d'alerte. Étant chargé de la mise en place de la procédure

---

<sup>233</sup> AFA, Guide pratique sur « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, janvier 2019.

<sup>234</sup> C. DELHAYE, « La compliance, plus qu'une défense de l'éthique à la compliance », *Le Journal du Management*, 2019, p.63.

<sup>235</sup> B. CORDIER, « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Revue Analyse financière*, n°58, mars 2016.

<sup>236</sup> « *La fonction compliance en entreprise* » (en ligne). Disponible sur : <https://www.editions-legislatives.fr> (consulté le 30.03.2020).

d'alerte interne et chargé de suivre l'exploitation faite de ces alertes, certains se sont demandé s'il pouvait, lui aussi, disposer de cette faculté. Lors d'un colloque organisé par l'AFJE<sup>237</sup>, les avis étaient partagés à ce sujet. Alors que certains ont précisé que les directeurs juridiques ne peuvent pas l'être, les lignes directrices de l'AFA disposent que « à cet égard, il est rappelé que le responsable de la fonction conformité peut agir en tant que lanceur d'alerte dans les conditions prévues aux articles 6 et suivants de la loi du 9 décembre 2016 »<sup>238</sup>.

Alors que le contour de la fonction du *compliance officer* ne fait, lui aussi, pas de véritable consensus, il reste un atout dans la préservation de l'entreprise face aux risques financiers, juridiques et réputationnels.

## CONCLUSION TITRE II

L'importance et le regain d'intérêt de la *compliance* au sein de l'entreprise a été particulièrement mis en avant ces dernières années par différents phénomènes. D'une part, le développement des normes françaises et internationales qui privilégient la prévention à la répression, et d'autre part, une exigence accrue de la transparence pour une meilleure gouvernance, liés aux autorités qui prononcent des sanctions plus lourdes avec un impact financier et un risque d'image. L'objectif des programmes de conformité et des plans de vigilance est d'instaurer un système de management des risques afin de les prévenir et d'en minimiser les impacts négatifs. Pour rendre cette politique de *compliance* efficace, l'État impulse une démarche de prévention et de sensibilisation que les dirigeants de société ont appréhendé comme un véritable investissement sur la valeur de l'entreprise.

## CONCLUSION PARTIE I

L'idée d'une entreprise responsable n'est pas nouvelle. Pour autant, avec l'introduction du devoir de vigilance et de la *compliance*, il a fallu remodeler la conception que l'on a du droit pour l'adapter au contexte de la mondialisation (pression de la société civile, catastrophes, contentieux...). Avec la loi sur le devoir de vigilance et la loi Sapin II, une nouvelle forme de normativité est apparue : il faut sensibiliser et responsabiliser les entreprises face aux enjeux éthiques de leurs activités dans le monde. La démarche volontaire de l'entreprise est au cœur de ce nouveau système, troublant le triptyque juridique classique, à savoir l'État, le régulateur et le juge. Encore au « *bouillonnement de sa*

---

<sup>237</sup> A. MOREAUX, « La compliance au cœur de la performance des entreprises », *Affiches parisiennes*, juin 2016.

<sup>238</sup> AFA, Guide pratique sur « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, janvier 2019.

*naissance* »<sup>239</sup>, la *compliance* reste un concept flou et ambigu en droit. De nature économique, il s'agit d'une notion protéiforme dont la mise en œuvre est à parfaire (PARTIE II).

## **PARTIE II**

### **DEVOIR DE VIGILANCE ET COMPLIANCE, UN NOUVEAU SYSTÈME JURIDIQUE À PARFAIRE**

Le devoir de vigilance et la *compliance* correspondent à un nouveau système juridique alliant des mesures de droit souple à des obligations de droit dur. Alors qu'il s'agit d'un processus dont le législateur a précisé les contours avec la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>240</sup> et la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>241</sup>, il n'en reste pas moins que la mise en œuvre de ces nouveaux dispositifs est délicate (TITRE I) et que les buts monumentaux que s'est fixé la *compliance* sont parfois plus proches du mythe que de la réalité (TITRE II).

#### **TITRE I**

### **LA DÉLICATE MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DE VIGILANCE ET DE *COMPLIANCE***

La *compliance* est un « *processus qui vise à assurer la bonne gouvernance dans l'entreprise et améliorer la performance globale* »<sup>242</sup>. Avec la loi Sapin II<sup>243</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>244</sup>, le législateur croise les démarches de prévention afin de rendre les entreprises françaises conformes aux exigences de *compliance*. Alors que la multitude des normes entraîne une confusion des différents domaines d'application (CHAPITRE I), le législateur innove en présentant la sanction, non pas comme la cause, mais la conséquence de la *compliance* (CHAPITRE II).

---

<sup>239</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Entreprise, Régulateur, Juge : penser la compliance par ces trois personnages », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.1 et suiv.

<sup>240</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>241</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>242</sup> B. CORDIER, « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Revue Analyse financière*, n°58, mars 2016.

<sup>243</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>244</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

## CHAPITRE I

### LE RISQUE DE CONTRADICTION DES DOMAINES D'APPLICATION

Avec la loi sur le devoir de vigilance<sup>245</sup> et la loi Sapin II<sup>246</sup>, il est fait injonction, aux entreprises soumises à la *compliance*, d'organiser en leur sein un dispositif de transparence et des cellules de vigilance propres à faire diminuer statistiquement le risque d'infraction. Alors que le législateur édicte des seuils dont la rédaction pose quelques difficultés d'interprétation (Section I), il est essentiel d'en préciser le périmètre pour en apprécier toute la portée (Section II).

#### Section I : La mise en place de seuils distincts, entre silence et imprécisions

Alors que l'AFA considère que « *l'ensemble des personnes morales de droit privé ou de droit public* »<sup>247</sup> sont concernées par les dispositifs de *compliance*, le législateur distingue les mesures anticorruption des mesures de vigilance, imposant des conditions d'effectifs (§2) sans préciser les formes sociales concernées (§1).

#### **§1 : La nécessaire déduction de la forme sociale**

Les entreprises ont vu leurs obligations considérablement augmenter en matière de *compliance*. Pour autant, les mesures prévues par la loi Sapin II<sup>248</sup> ou celles du devoir de vigilance<sup>249</sup>, s'appliquent à « *toute société* » sans en préciser la forme. Sous le silence de la loi, il faut alors se référer au positionnement des articles créés (A) et les personnes visées (B).

#### **A- La place des textes dans le Code de commerce**

À la lecture de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>250</sup>, aucune référence n'est faite quant aux formes sociales concernées par ces nouvelles obligations de vigilance. En revanche, le législateur a pris le soin de préciser que deux nouveaux articles sont insérés dans le Code de commerce. Ainsi, « *après l'article L.225-102-3 du code de commerce, il est inséré un article L.255-102-4* » mentionnant les seuils d'effectifs à atteindre afin d'établir un plan

---

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>247</sup> 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'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », *version 12-2017*, 2017.

<sup>248</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>249</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>250</sup> *Ibid.*

de vigilance. Aussi, « après le même article L.225-102-3, il est inséré un article L.225-102-5 » relatif au manquement aux obligations de vigilance et le régime de responsabilité applicable.

Dès lors, il convient de se reporter à la place qu'occupent ces deux nouveaux articles au sein du Code de commerce. En effet, l'article L.225-102-3 est inscrit dans le Chapitre IV du Livre II du Code de commerce intitulé « *Dispositions générales applicables aux sociétés par actions* ».

Par conséquent, les sociétés concernées par l'obligation de vigilance sont donc les sociétés par actions, c'est-à-dire les sociétés anonymes<sup>251</sup> (SA), et par renvoi, les sociétés en commandite par actions<sup>252</sup> (SCA) ainsi que les sociétés européennes<sup>253</sup> (SE). Par ailleurs, « *la situation de la SAS est moins claire* »<sup>254</sup>. En effet, il est prévu que « *le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans un rapport de gestion* »<sup>255</sup>. Or, les sociétés par actions simplifiées ne sont pas tenues d'établir ce rapport de gestion. Pour autant, le nouvel article L.225-102-4 ne fait pas partie des dispositions exclues du renvoi opéré par l'article L.227-1 du même code relatif aux sociétés par actions simplifiées (SAS). Ainsi, l'emplacement de cette nouvelle obligation légale peut être interprétée comme la volonté de soumettre les SAS aux nouvelles obligations de vigilance.

## **B- Les personnes physiques visées par les textes**

À l'instar de la loi relative au devoir de vigilance, le législateur n'a pas pris le soin de préciser les formes sociales visées par la loi Sapin II<sup>256</sup> et le dispositif de lutte contre la corruption. Pour autant, ici, il n'est pas nécessaire de se référer à la place des textes dans un code mais plutôt aux personnes visées par la loi.

Le législateur renvoie à la notion générale de « *présidents, directeurs généraux et gérants d'une société* ». Ce sont donc les dénominations des fonctions qui permettent de définir les formes sociales concernées. Dès lors, il peut s'agir des directeurs généraux ou des membres du directoire de SA, les gérants de SCA ou encore les présidents de SAS. Quant à la dénomination de « *gérants* », cela signifie que les sociétés de personnes, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS) et les sociétés à risque limité (SARL), sont également visées par la loi Sapin II. Par conséquent, « *ce sont six formes sociales qui sont concernées par ce texte. Tous ceux qui y*

---

<sup>251</sup> Code de commerce, art.L.225-1 et suiv.

<sup>252</sup> Code de commerce, art. L.226-1.

<sup>253</sup> Code de commerce, art. L.229-8.

<sup>254</sup> D. DEDIEU, « Obligations et responsabilité des dirigeants dans le cadre des exigences de compliance en droit français », *BJS*, mars 2018, p.173.

<sup>255</sup> Article 1<sup>er</sup>, al. 4 de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>256</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

*occupent des fonctions de président, directeur général ou gérant, quel que soit leur pouvoir, sont soumis aux nouvelles obligations »<sup>257</sup>.*

En revanche, le texte précise que les « *membres du directoire des sociétés anonymes régies par l'article L.225-57 du code de commerce* » sont concernées « *selon les attributions qu'ils exercent* ». Il faut alors se référer aux statuts lorsqu'il s'agit d'une SA de type dualiste et tenir compte des personnes investies des pouvoirs de direction indépendamment de ceux de représentation.

Aussi, les obligations de la loi Sapin II s'imposent « *aux présidents et directeurs généraux d'établissements publics à caractère industriel et commercial* ». Dans ce type de groupement de droit public, c'est l'administration de l'établissement qui est confiée à un organe dirigeant. Cette fonction peut être exercée par le président du conseil d'administration ou le directeur général. Compte tenu de la disparité des prérogatives des deux dénominations, les obligations de lutte contre la corruption s'imposent, sans distinction, aux présidents autant qu'aux directeurs généraux.

Ainsi, les formes sociales identifiées et les représentants légaux désignés, il faut désormais examiner les critères d'effectifs que le législateur a mis en place pour les dispositifs de vigilance et de lutte contre la corruption.

## **§2 : L'exclusivité des entreprises de taille significative**

En adoptant la loi Sapin II<sup>258</sup> et la loi sur le devoir de vigilance<sup>259</sup>, le législateur a posé certaines conditions dans la mise en œuvre des dispositifs de *compliance*. En effet, toutes les entreprises ne sont pas concernées ; seules celles de « *taille significative* » doivent établir un plan de vigilance ou un programme anticorruption (A). Pour autant, l'AFA considère que la *compliance* « *s'applique à toutes les organisations, quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs* »<sup>260</sup> (B).

### **A- Le critère d'effectif salariés**

L'article 17 de la loi Sapin II<sup>261</sup> vise les dirigeants « *d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés (...) dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à cent millions*

---

<sup>257</sup> S. SCHILLIER, « La compliance extra-financière : les risques de contradiction de domaines d'application », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires, Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.55 et suiv.

<sup>258</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>259</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>260</sup> 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'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », *version 12-2017*, 2017.

<sup>261</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*



d'euros ». Ainsi, une société entre dans le champ d'application du dispositif anticorruption à la double condition que l'effectif de la société atteigne les cinq cents salariés et que le chiffre d'affaires dépasse les cent millions d'euros.

Dès lors, à la lecture de cet article, aucune difficulté semble apparaître. Néanmoins, une distinction est faite entre, d'une part, les sociétés « employant au moins cinq cents salariés » et, d'autre part, les groupes de sociétés « dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés ». La notion de « groupe » n'étant pas juridiquement définie, un recours pour méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a été mené devant le Conseil constitutionnel. Estimant que cette disposition est conforme à la Constitution, il a été rappelé que « les termes 'groupe de sociétés' figurant au premier alinéa du paragraphe I de 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<sup>262</sup> du code de commerce ou celles qu'elle contrôle au sens de l'article L233-3<sup>263</sup> du même code »<sup>264</sup>. Dès lors, toutes les entreprises employant au moins cinq cents salariés, que ce soit sous la forme d'une structure simple ou d'un groupe de sociétés, dont le chiffre d'affaires est supérieur à cent millions d'euros, sont soumises aux dispositions de la loi Sapin II.

En ce qui concerne la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre, un plan de vigilance doit être établi par « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes et indirectes (...) ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes (...) »<sup>265</sup>. Ainsi, l'obligation de vigilance dépend d'un unique critère de seuil, celui de l'effectif salarié, apprécié au niveau de la société mère et de ses filiales, directes ou indirectes.

## **B- Les recommandations à l'égard des petites et moyennes entreprises**

Avec l'adoption de la loi Sapin II relative à la transparence, la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>266</sup>, ce sont près de mille six cents entreprises françaises qui doivent

---

<sup>262</sup> « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application des sections II et IV du présent chapitre, comme filiale de la première ».

<sup>263</sup> « Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections II et IV du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (...) ».

<sup>264</sup> Conseil constitutionnel, Décision n°2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n°0287, 10 décembre 2016, texte n°4.

<sup>265</sup> Code de commerce, art.L.225-102-4, I.

<sup>266</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

se doter d'un programme de conformité<sup>267</sup>. Pour autant, les entreprises, quelle que soit leur taille, doivent prendre conscience de l'importance des enjeux de la *compliance*.

Bien que le législateur ne s'intéresse qu'aux entreprises de taille significative, « *un nombre croissant d'entreprise, même de petite taille, a compris que la compliance n'était pas un obstacle au business mais au contraire une plus-value commerciale à mettre en avant* »<sup>268</sup>. En effet, la *compliance* est un atout sur le marché et permet de protéger l'image et la réputation de l'entreprise. D'ailleurs, les entreprises de taille significative, astreintes aux obligations de *compliance*, auront tout intérêt d'entrer en relation avec des entreprises, même de taille moins importante, qui diffusent, elles aussi, une culture d'intégrité en leur sein.

Dans cette perspective, l'organisme *Transparency International* a élaboré un guide pratique pour la mise en œuvre des mesures anticorruption. S'adressant aux entreprises françaises de toutes tailles, « *il est fait une place particulière aux ETI et aux PME qui sont les moins bien armées en matière de prévention* »<sup>269</sup>. À titre d'illustration, l'organisme propose une adaptation du dispositif de signalement imposé par la loi Sapin II pour les petites et moyennes entreprises. Ainsi, « *dans les petites organisations, le dispositif peut se réduire à la mise en place d'une adresse email dédiée à la remontée des signalements* »<sup>270</sup>. Aussi, est suggéré que « *la sensibilisation des collaborateurs peut passer par des discussions ouvertes et l'aménagement de temps d'échange sur le sujet avec les managers* »<sup>271</sup>.

Ainsi, quel que soit la taille de l'entreprise, un dispositif de *compliance* peut être mis en place. Reste donc à déterminer le périmètre géographique des plans de vigilance et des programmes de lutte contre la corruption.

## **Section II : Le périmètre des dispositifs de *compliance*, entre ambiguïté et inégalités**

Au-delà du critère de l'effectif salarié, il faut porter une attention particulière au lieu de la mise en œuvre des dispositifs de *compliance*. En faisant référence au « *siège social* » (§1) et aux « *filiales directes et indirectes* », le législateur a ouvert une brèche à l'application extraterritoriale de la loi française (§2).

### **§1 : Le critère de rattachement au territoire français**

La mise en œuvre des dispositifs de *compliance* est subordonnée à la détermination du lieu du siège social. Mais identifier la nationalité d'une société n'est pas chose aisée, tant les critères de rattachement au territoire français (B) que la définition sont incertains (A).

---

<sup>267</sup> MINISTÈRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS, Dossier de presse « Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », 30 mars 2016.

<sup>268</sup> C. DESJARDINS, « La fonction conformité s'impose dans les entreprises françaises », *Les Échos*, novembre 2016.

<sup>269</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, Dispositif anticorruption de la loi Sapin II : Guide pratique pour la mise en place des mesures anticorruption imposées par la loi aux entreprises, 2017.

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> *Ibid.*

## A- La détermination du siège social

Dans les deux dispositifs relatifs à la *compliance*, il est question de « *groupe de sociétés* », de « *société mère* », de « *siège social* ». Ces notions sont essentielles puisqu'elles permettent de déterminer la loi applicable et la nationalité d'une société.

À la lecture de la loi Sapin II<sup>272</sup> et de la loi relative au devoir de vigilance<sup>273</sup>, le législateur se réfère au « *siège social en France* » ou au « *siège social fixé sur le territoire français* ». Le siège social correspond au lieu précisé dans les statuts d'une société<sup>274</sup>. Ainsi, toutes les sociétés ayant leur siège social en France sont soumises aux dispositifs de lutte contre la corruption et au devoir de vigilance. En effet, l'article 1837 du Code civil dispose que « *toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française* ». Dès lors, l'identification du siège social permet de déterminer la loi applicable à la société. Il s'agit là d'une exigence liée à la personnalité juridique, en tant qu'élément participant à son identification<sup>275</sup>. Conformément à l'idée que le siège social est le principal établissement de la société, ce dernier doit correspondre à l'endroit où se prennent les décisions financières et administratives.

Toutefois, aucun texte ne définit ce qu'est réellement le « *siège* » de la société. Alors, il arrive que le siège mentionné dans les statuts ne corresponde pas au « *siège social réel* ». C'est le cas lorsque le principal établissement de la société n'est pas considéré comme le centre de décisions de ladite société. En principe, le siège réel doit l'emporter puisqu'il représente la réalité de la société<sup>276</sup>. L'idée est de mettre en avant l'État avec lequel la société entretient des liens véritables. Dès lors, dans l'hypothèse où une société a fixé son siège social statutaire à l'étranger, celle-ci se verra appliquer la loi française si la société est administrée en France.

Ainsi, toutes les sociétés rattachées par leur siège social, statutaire ou réel, au territoire français doivent mettre en œuvre un plan de vigilance et/ou un programme de conformité selon les seuils d'effectif précédemment cités. Néanmoins, en se référant au siège social dans la loi relative au devoir de vigilance, le législateur laisse planer quelques doutes.

## B- L'ambivalence de l'emplacement du siège social

Alors que la loi Sapin II évoque une société ou un groupe de société « *dont la société mère a son siège social en France* »<sup>277</sup>, la rédaction de la loi sur le devoir de vigilance, quant à elle, porte à confusion. En effet, le texte vise la société qui emploie au moins cinq mille salariés « *dont le siège social*

---

<sup>272</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>273</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>274</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, Lexique des termes juridiques 2016-2017, *Dalloz*, 2016.

<sup>275</sup> B. SAINTOURENS, « Siège social », *Répertoire des sociétés*, *Dalloz*, juin 2017.

<sup>276</sup> Cass, ch. crim., 31 janvier 2007, pourvoi n°02-85089 05-82671, *publié au bulletin criminel 2007*, n°28, p.102.

<sup>277</sup> Article 17 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, *op.cit.*

*est fixé sur le territoire français* » ou qui emploie au moins dix mille salariés « *dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* »<sup>278</sup>. La rédaction est peu claire puisque l'expression « *dont le siège social est fixé* » ne permet pas de savoir s'il s'agit du territoire de la société mère ou celui des filiales intégrées dans le groupe.

Comme le souligne le Professeur SCHILLER, l'emploi du singulier « *indiquerait un renvoi à la société mère, mais tant la logique que l'analogie écarte cette analyse* »<sup>279</sup>. Effectivement, si le siège social concerné est celui de la société mère, la catégorie visée dans la première partie de la phrase serait intégrée à celle de la seconde et n'aurait donc pas de raison d'être. D'ailleurs, cette formule avait déjà été employée par le législateur lors de l'élaboration d'une loi relative à la sécurisation de l'emploi<sup>280</sup>. Dans son rapport sur la mise en œuvre de ladite loi, le gouvernement a précisé n'avoir apprécié que les sociétés françaises considérant que « *les sociétés (...) n'ayant pas leur siège social en France (...) ne sont pas soumises* »<sup>281</sup> à ce texte.

En ce sens, le Conseil constitutionnel indique que ce sont « *les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères* »<sup>282</sup> qui sont visées par la loi relative au devoir de vigilance. Ainsi, la formule employée par le Conseil constitutionnel visant les « *filiales françaises et étrangères* » à la place des « *filiales françaises ou étrangères* » éclaire le sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative au devoir de vigilance. Dès lors, il faut comprendre que ne sont visées que les sociétés qui ont leur siège social en France et qui ont, soit cinq mille salariés dans l'ensemble du groupe si toutes les filiales sont sur le territoire français, soit dix mille salariés dans l'ensemble du groupe si certaines filiales sont à l'étranger.

Pour autant, le critère du siège social engendre d'autres difficultés. Apparaît la question de l'extraterritorialité de la loi française dans l'hypothèse où la société mère ou une de ses filiales n'a pas la nationalité française.

## **§2 : L'extraterritorialité des dispositifs de compliance, un critère à clarifier**

Nombreux sont les groupes de sociétés qui ont un élément d'extranéité en leur sein. Alors que les filiales françaises bénéficient d'une exonération dans la mise en œuvre des dispositifs de *compliance*

---

<sup>278</sup> Article 1<sup>er</sup> de la 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, 28 mars 2017.

<sup>279</sup> S. SCHILLIER, « La compliance extra-financière : les risques de contradiction de domaines d'application », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires, Régulations & compliance, *Dalloz*, 2018, p.55 et suiv.

<sup>280</sup> Loi n°2023-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (1), *JORF*, n°0138, 16 juin 2013.

<sup>281</sup> MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE L'INSERTION, « Conférence thématique du 3 avril 2015 – Bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 », 3 avril 2015.

<sup>282</sup> Conseil constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017 sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n°0074, 28 mars 2017, texte n°2.

(A), la situation est davantage plus délicate lorsqu'une des filiales ou la société mère, elle-même, n'est pas sur le territoire français (B).

#### **A- La présomption d'exonération des filiales françaises**

La loi Sapin II<sup>283</sup> ainsi que la loi relative au devoir de vigilance<sup>284</sup> accordent une attention particulière aux filiales des groupes tenues de mettre en place un dispositif de *compliance*. En effet, dans les groupes de sociétés, l'obligation de conformité s'applique au dirigeant de la société mère ayant son siège social en France et atteignant les seuils précités. De surcroît, l'article 17 de la loi Sapin II prévoit que « *les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au I sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de L.233-3, met en œuvre les mesures et procédures prévues au II et que ces mesures s'appliquent à l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* ». Aussi, à l'instar de la loi Sapin II, une présomption est prévue par la loi sur le devoir de vigilance au profit de la filiale lorsque celle-ci est incluse dans le périmètre du plan mis en œuvre par la société mère.

Cependant, « *pour les dirigeants de filiales, l'enjeu pratique est de taille, dès lors que l'appartenance de leur société à un groupe ne fait pas disparaître toute obligation personnelle à leur rencontre* »<sup>285</sup>. En effet, l'alinéa 5 de l'article 17 de la loi Sapin II précise que, même si le dirigeant de la société mère adopte des mesures préventives englobant l'ensemble des sociétés du groupe, les dirigeants des filiales ne sont pas dispensés de leurs propres obligations. Dès lors, ils ne sont présumés les satisfaire que si le dirigeant de la société mère met en œuvre des mesures et procédures s'appliquant à l'ensemble des filiales. D'ailleurs, l'effet protecteur de cette présomption n'est pas garanti puisque le dirigeant de la filiale devra s'assurer de l'effectivité du plan mis en œuvre par le dirigeant de la société mère. Aussi, les risques d'exposition de la filiale sont, par nature, distincts de ceux de la société mère. Par exemple, « *les audits à réaliser dans le cadre du plan ne devraient pas être les mêmes pour la filiale et pour sa société mère, dont les clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires ne sont pas les mêmes* »<sup>286</sup>.

#### **B- Les difficultés en présence d'un élément d'extranéité**

La situation devient encore plus délicate lorsqu'un élément d'extraterritorialité apparaît. En effet, la question du périmètre des plans de vigilance et des programmes de conformité se pose dans deux hypothèses distinctes. D'une part, lorsqu'une société mère a des filiales étrangères et d'autre part, lorsque l'on s'intéresse aux filiales françaises qui ont leur société mère à l'étranger.

---

<sup>283</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>284</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>285</sup> D. DEDIEU, « Obligations et responsabilité des dirigeants dans le cadre des exigences de compliance en droit français », *BJS*, mars 2018, p.173.

<sup>286</sup> *Ibid.*

Pour les filiales françaises de société mère étrangère, la mise en place d'un dispositif de *compliance* efficient devient une obligation indépendamment de la société mère. Les critères d'effectif et de chiffre d'affaires s'apprécient alors au seul niveau de la filiale française sans prendre en compte ceux de la société mère. Dès lors, même si la société mère est étrangère et qu'aucune obligation de *compliance* ne pèse sur elle, ses filiales françaises devront mettre en place un plan de vigilance ou un programme anticorruption si les seuils d'effectifs et de chiffre d'affaires sont atteints.

En revanche, dans l'hypothèse où une société mère française a des filiales étrangères, la solution est éminemment plus complexe. En effet, même si les filiales étrangères sont incluses dans le plan de vigilance ou dans le programme de conformité de la société mère, il n'en résulte aucune obligation personnelle à la charge des dirigeants de ces filiales. Par conséquent, il faut se référer à la place du texte dans le Code de commerce qui renvoie à des formes sociales précises et nationales. La loi relative au devoir de vigilance fait donc obstacle à ce que les filiales étrangères puissent se voir imposer une obligation personnelle. « *L'extraterritorialité du texte apparaît ainsi fort improbable* »<sup>287</sup>. Toutefois, la rédaction de la loi Sapin II et la mention des présidents, directeurs généraux et gérants de société, sans viser explicitement les formes sociales correspondant aux fonctions, permet une appréciation large du critère d'extraterritorialité et rend possible l'intégration des dirigeants des filiales étrangères. À ce titre, le professeur DEDIEU relève que « *le choix opéré à l'égard des filiales étrangères aura une dimension éminemment politique* »<sup>288</sup>.

En appliquant les dispositifs de *compliance* au-delà des frontières du territoire français, le législateur souhaite remettre le pays aux meilleurs standards OCDE et par ricochet, lutter contre la suprématie américaine dans la lutte contre la corruption et les sanctions considérables prononcées à l'encontre des entreprises françaises.

## CHAPITRE II

### PRÉVENTION ET SANCTION, UN COMPROMIS IMPOSSIBLE ?

L'objectif de la *compliance* est de sensibiliser et responsabiliser les dirigeants d'entreprise aux enjeux éthiques de leurs activités dans le monde. En combinant des procédés de *soft law* avec des techniques de *hard law*, le législateur hisse la *compliance* en une véritable obligation et non plus une simple intention. Les manquements aux obligations issues de la loi Sapin II<sup>289</sup> et de la loi relative au

---

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> 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, 10 décembre 2016.

devoir de vigilance<sup>290</sup> donnent lieu, par conséquent, à des sanctions tant répressives (Section II) que réparatrices (Section I).

### **Section I : La fonction réparatrice de la *compliance***

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 »<sup>291</sup>. Ces processus doivent amener les entreprises à assurer elles-mêmes le contrôle des règles qui leur sont applicables. Afin de garantir l'efficacité de ces processus, le législateur a mis en place un régime de responsabilité civile propre aux dirigeants sociaux (§1) dont l'étendue doit être mesurée (§2).

#### **§1 : La responsabilité civile des dirigeants dans le cadre des exigences de *compliance***

Le dirigeant, personnellement tenu de mettre en place les dispositifs de *compliance* issus des programmes anticorruption et du devoir de vigilance (A), engage sa responsabilité en cas de manquements à ses obligations de prévention (B).

##### **A- La prévention, une obligation personnelle à la charge du dirigeant**

La mise en œuvre des mesures de *compliance* incombe aux dirigeants. D'ailleurs, l'AFA a pris le soin d'établir une recommandation portant spécifiquement sur « l'engagement de l'instance dirigeante dans la prévention et la détection de faits de corruption »<sup>292</sup>.

Le dirigeant est le représentant légal de la société. À ce titre, il a tout pouvoir pour accomplir les actes de gestion et de contrôle que commande l'intérêt de l'entreprise. Dans l'hypothèse où ce dernier ne met pas en place un dispositif de *compliance* efficient, la mise en œuvre de sa responsabilité pourra être recherchée. La loi Sapin II est claire à ce sujet puisque l'article 1<sup>er</sup> dispose que « les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société (...) sont tenus 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 »<sup>293</sup>. De manière plus classique, les obligations relatives au devoir de vigilance pèsent sur la société et non sur le dirigeant. En effet, le législateur ne vise pas le dirigeant en tant que personne physique mais « toute société »<sup>294</sup>. Pour autant, en leur qualité de représentant légal, ce sont bien aux dirigeants de faire assumer par la société le respect des obligations légales.

---

<sup>290</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>291</sup> LE CERCLE DE LA COMPLIANCE, *À quoi se réfère exactement le terme *compliance* ?* (en ligne). Disponible sur : <https://www.lecercledelacompliance.com> (consulté le 27.01.2020).

<sup>292</sup> 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'intérêt, de détournement de fonds public et de favoritisme », version 12-2017, 2017.

<sup>293</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>294</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

En engageant la responsabilité civile des dirigeants en cas de manquement aux obligations de vigilance et de lutte contre la corruption, le législateur incite les dirigeants, personnes physiques, à s'impliquer personnellement en matière de politique de prévention. Néanmoins, cette obligation personnelle à l'égard des dirigeants invite à s'interroger sur le sort des dirigeants non exécutifs. En effet, il est envisageable que les membres du conseil d'administration ou de surveillance, dotés d'un pouvoir de contrôle, voient leur responsabilité engagée pour négligence. Ces derniers doivent donc être diligents à l'égard du dirigeant exécutif et des dispositifs de *compliance* mis en œuvre au sein de la société. D'ailleurs, il est « *en pratique opportun de prévoir une validation des mesures anticorruption par le conseil* »<sup>295</sup>.

En cas de manquement du dirigeant dans la mise en œuvre du programme de lutte contre la corruption ou du plan de vigilance, sa responsabilité pourra être recherchée. Pour autant, les conditions d'engagement de la responsabilité diffèrent selon la loi Sapin II et la loi relative au devoir de vigilance.

### **B- Les fondements textuels de la responsabilité civile du dirigeant**

Afin d'engager la responsabilité civile d'une personne, il faut un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. Sans remettre en cause les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile, le législateur distingue la responsabilité des dirigeants issue de la loi Sapin II de la loi relative au devoir de vigilance.

La loi Sapin II ne prévoit pas de disposition particulière à propos de la responsabilité civile des dirigeants. Il faut alors se référer à l'article L.225-251 du Code de commerce qui dispose que « *les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». En se référant au régime de responsabilité applicable aux sociétés anonymes, le législateur n'innove pas, en particulier en ce qui concerne le fait générateur. En effet, il s'agit de tout manquement aux obligations légales et réglementaires présentant un lien de causalité avec le préjudice subi.

La loi relative au devoir de vigilance fait aussi référence au « *manquement aux obligations* »<sup>296</sup>. Pour autant, il n'est pas question d'appliquer l'article L.225-251 du Code de commerce à l'égard des dirigeants puisqu'un régime de responsabilité spécifique a été créé. Effectivement, l'article 2 de la loi

---

<sup>295</sup> D. DEDIEU, « Obligations et responsabilité des dirigeants dans le cadre des exigences de compliance en droit français », *BJS*, mars 2018, p.173.

<sup>296</sup> Article 2 de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*



sur le devoir de vigilance dispose que « dans les conditions prévues aux articles 1240<sup>297</sup> et 1241<sup>298</sup> du Code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L.225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Le législateur ajoute que « l'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente pour toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin »<sup>299</sup>. Selon le Professeur DEDIEU, « l'existence d'une disposition spécialement consacrée à la responsabilité civile s'explique par le contexte ayant présidé à l'adoption de la loi »<sup>300</sup>. Il n'était pas question de présumer la responsabilité du dirigeant, ni de mettre en œuvre la responsabilité du fait d'autrui. En cas de manque de vigilance, seule la responsabilité pour faute personnelle, dans les conditions de droit commun de la responsabilité civile délictuelle, pourra être engagée.

Le fondement textuel de la responsabilité civile du dirigeant évoqué, il convient d'envisager l'étendue de cette responsabilité et les personnes susceptibles de l'engager.

## **§2 : L'étendue de la responsabilité civile des dirigeants**

Expressément évoqué dans la loi Sapin II avec l'application de l'article L.225-251 du Code de commerce et déduit de la rédaction du nouvel article L.225-102-5 du même code, les dirigeants sont responsables à l'égard de la société elle-même (A) et des tiers (B).

### **A- La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société**

L'article L.225-251 du Code de commerce dispose que « les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas envers la société ». Dès lors, la responsabilité civile du dirigeant pourra être recherchée par la société elle-même. Face au silence du texte relatif au devoir de vigilance, le Conseil constitutionnel a précisé que seules les personnes ayant un intérêt à agir sont titulaires de l'action en réparation<sup>301</sup>. Il est donc aisé de comprendre que la société peut être une victime du manque de vigilance de son représentant légal.

La société est donc titulaire du droit d'agir à l'encontre de son dirigeant qui aurait manqué à ses obligations légales. Cette action pourra être intentée par le biais d'un nouveau dirigeant ou d'un associé. En effet, le dirigeant, par le biais de l'action sociale « *ut universi* », a le droit d'agir en justice pour défendre les intérêts de sa société. Mais en pratique, cette action est très peu exercée et n'est mise en mouvement que lorsque le dirigeant fautif a été révoqué et qu'un autre dirigeant lui succède. De cette

---

<sup>297</sup> « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

<sup>298</sup> « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

<sup>299</sup> Article 2 de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>300</sup> D. DEDIEU, *op.cit.*, p.173.

<sup>301</sup> Conseil constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017 sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n°0074, 28 mars 2017, texte n°2.

action est née l'action sociale « *ut singuli* » afin de défendre le patrimoine social contre le dirigeant actuel de la société. Il s'agit de l'action d'un ou plusieurs associés de la société contre le dirigeant fautif. L'associé ayant intenté l'action agit pour sa société ; les dommages et intérêts résultant de l'action seront directement versés dans le patrimoine de la société. Toutefois, il a été souligné que, dans le cadre de la loi relative au devoir de vigilance, « *l'on peut douter qu'une action ut singuli, qui trouve son fondement dans le régime spécial du Code de commerce, puisse valablement être exercée* »<sup>302</sup>. En effet, la jurisprudence est constante à cet égard : l'action *ut singuli* ne peut être exercée que sur la base d'un texte dérogeant à la règle « *nul ne plaide par procureur* »<sup>303</sup>. Ainsi, en l'absence de texte, les associés ne peuvent agir en justice à la place, au nom et pour le compte, de leur société.

Que la responsabilité du dirigeant soit recherchée par son successeur ou un des associés, la réparation du préjudice subi par la société résulte du manquement de son dirigeant dans la mise en œuvre du dispositif de prévention de la loi Sapin II<sup>304</sup> ou de la loi relative au devoir de vigilance<sup>305</sup>. Dès lors, il pourrait s'agir de versements illégaux résultant d'un acte de corruption ou encore d'un préjudice d'image et de réputation consécutif à la révélation de différents manquements en matière de vigilance.

Outre l'action sociale « *ut universi* » ou « *ut singuli* » qui doit être exercée dans un délai réduit de trois ans, le dirigeant peut voir sa responsabilité civile engagée par un tiers.

## **B- La responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers**

Les tiers, ayant un intérêt à agir, sont tout aussi légitimes à mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants, indépendamment de la société, en cas de d'absence ou d'insuffisance des dispositifs de *compliance*. Toutefois, là encore, le régime de responsabilité diffère selon la loi Sapin II et la loi relative au devoir de vigilance.

En effet, un régime spécial de responsabilité a été créé par la Cour de cassation dans l'hypothèse où l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant est recherchée par une personne autre que la société ou ses associés. Il peut s'agir d'un concurrent qui n'a pas pu obtenir un marché suite aux malversations du dirigeant ou encore d'un salarié qui n'a pas pu exercer son droit d'alerte. Néanmoins, l'action d'un tiers n'est valable que s'il établit le caractère détachable de la faute du dirigeant. Le dirigeant réalise une faute détachable de ses fonctions lorsqu'il commet « *intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions* »<sup>306</sup>. Dès lors, il ne fait pas de doute lorsqu'aucun plan n'a été mis en place ou qu'il est totalement lacunaire. Mais la question se pose, par exemple, lorsque le dispositif de prévention n'a pas permis d'éviter la commission de faits

---

<sup>302</sup> D. DEDIEU, *op.cit.*, p.173.

<sup>303</sup> Cass.com, 29 mars 2017, n°16-10016, *BJS*, septembre 2017, n°116t6, p.521, *note Coupet C.*

<sup>304</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>305</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>306</sup> Cass.com, 20 mai 2003, pourvoi n° 99-17092, *Bulletin 2003 IV n°84*, p.94.

délictueux de corruption. Dans cette hypothèse, la preuve d'une faute détachable des fonctions, intentionnelle et d'une particulière gravité, est difficile à démontrer. À cet égard, l'application des dispositions du Code de commerce protègent le dirigeant dans ses rapports avec les tiers.

Pour autant, l'effet protecteur du régime dérogatoire de responsabilité pour faute détachable des fonctions disparaît avec la loi relative au devoir de vigilance. En effet, le législateur a précisé dans le nouvel article L.225-102-5 que « *l'action en responsabilité est introduite devant la juridiction par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin* ». Dès lors, le tiers peut reprocher n'importe quel manquement aux obligations de vigilance sans pour autant démontrer une faute intentionnelle d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeant. Le régime de responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers est donc paradoxalement plus sévère lorsqu'il s'agit d'un manquement au devoir de vigilance. Mais pour nuancer cette sévérité, il faut rappeler que le tiers qui agit doit invoquer une « *atteinte grave envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ». Le législateur limite donc les atteintes dans leur domaine et leur intensité.

Ainsi, le dirigeant est responsable en cas de manquement à ses obligations de lutte contre la corruption et à son devoir de vigilance. Toutefois, la loi Sapin II innove en créant des sanctions punitives sévères et inédites en matière de prévention.

## **Section II : La fonction répressive de la *compliance***

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>307</sup> oblige les entreprises, sous peine de sanctions répressives, à être les acteurs de la lutte contre les atteintes à la probité. L'un des apports les plus marquants de cette loi est l'introduction de sanctions tendant vers la transaction (§1) dont les effets sont inédits en France (§2).

### ***§1 : L'introduction d'un mode transactionnel***

Avec la loi Sapin II<sup>308</sup>, le législateur met à la disposition des autorités judiciaires et de l'Agence française anticorruption (AFA) tout un arsenal de contrôle et de sanctions (A) et crée, après de longues hésitations, une forme de transaction pénale, appelée « convention judiciaire d'intérêt public » (B).

#### **A- La mise en place d'un système de contrôle et de sanction gradué**

Les articles 4 et 17 de la loi Sapin II organisent un mécanisme de sanction à plusieurs niveaux. En effet, « *pour la première fois, le législateur a mis en place un système de contrôle et de sanction*

---

<sup>307</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>308</sup> *Ibid.*

*particulièrement attentif et rigoureux (...) afin de garantir une mise en place effective et efficace des programmes de compliance* »<sup>309</sup>.

Le législateur charge l'AFA, dans un premier temps, de veiller au respect des mesures et procédures faisant l'objet du programme anticorruption. En ce sens, « *les agents de l'Agence française anticorruption peuvent être habilités, par décret en Conseil d'État, à se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile* »<sup>310</sup>. En contrôlant une entreprise soumise au dispositif de la loi Sapin II, l'AFA peut donc récupérer tout document utile à l'appréciation de l'efficacité des mesures de *compliance*. Essentiel pour la détection des faits de corruption, ce n'est que plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi, en octobre 2018, que l'AFA a été saisie pour la première fois d'une demande de contrôle. À la suite de ce contrôle, l'AFA doit établir un rapport avec d'éventuelles recommandations à l'égard de la société en cause afin d'améliorer son programme de *compliance*.

L'article 17 de la loi Sapin II poursuit en précisant que ce n'est qu'en cas de « *manquement constaté et après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses observations* » qu'un avertissement est adressé aux représentants de la société. Ensuite, l'AFA a la compétence, via sa commission des sanctions, de poursuivre la société concernée afin que « *soit enjoint à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes* »<sup>311</sup>. Le cas échéant, la commission des sanctions de l'AFA peut prononcer une sanction pécuniaire<sup>312</sup>.

Ce n'est que dans l'hypothèse où la société est condamnée pour des faits de corruption que l'AFA peut l'enjoindre de mettre en place, sous sa surveillance, un programme de *compliance* pour une durée maximale de cinq ans et dont les frais sont supportés par la société elle-même. En cas de résistance à une telle condamnation, c'est le dirigeant, en tant que personne physique, qui encourt une peine d'emprisonnement et une amende de cinquante mille euros.

En établissant ces différentes étapes, allant du simple contrôle suivi de recommandations à la peine d'emprisonnement, le législateur propose de multiples sanctions à l'AFA afin de s'assurer que les entreprises assujetties à la loi Sapin II mettent en place un programme anticorruption. Aussi, par le biais de ces contrôles, recommandations et avertissements, une chance est laissée aux dirigeants sociaux d'adopter un comportement conforme aux exigences de prévention. Afin de réduire considérablement

---

<sup>309</sup> A. CHARDEAU, « Loi Sapin 2 : Le nouveau dispositif légal français de lutte contre la corruption », *Compliance anticorruption*, février 2017.

<sup>310</sup> Article 4 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, *op.cit.*

<sup>311</sup> Article 17 IV 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, *op.cit.*

<sup>312</sup> En ce sens, « *la commission des sanctions peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales. Le montant de la sanction pécuniaire prononcée est proportionné à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée* ».

les risques de condamnation pour des faits de corruption et inciter les entreprises à se soumettre à la *compliance*, le législateur français a créé une forme de transaction pénale, analogue au « *deferred prosecution agreement* » américain.

### **B- La création d'une transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité**

À la lecture de l'article 22 de la loi Sapin II, « *tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits (...) de conclure une convention judiciaire d'intérêt public* »<sup>313</sup>.

La Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est le premier instrument existant en droit pénal français permettant à une personne morale de négocier avec le Ministère public le paiement d'une amende et éventuellement, la mise en place d'un programme de conformité en échange de l'extinction des poursuites, et ce, sans reconnaissance de culpabilité<sup>314</sup>. En effet, la CJIP peut être proposée à une personne morale mise en cause pour des faits de corruption, de trafic d'influence, de blanchiment d'argent ou, plus récemment, de fraude fiscale<sup>315</sup>. Toutefois, sa mise en œuvre est conditionnée à la commission des faits sur le territoire français ou à l'étranger et ne concerne que les personnes morales de droit privé. Dans cette hypothèse, un projet de convention est adressé à la personne morale en cause exposant, de manière précise, les faits, leur qualification juridique, la nature et le quantum. Alors que les dirigeants, en tant que personne physique, restent pénalement responsables des faits qu'ils ont commis, la personne morale qu'ils dirigent doit reconnaître les faits et accepter leur qualification juridique.

Ensuite, « *lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de la convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de validation* »<sup>316</sup>. Dès lors, une option s'offre au président du tribunal de grande instance : il peut décider de ne pas valider la proposition de convention et dans ce cas, le procureur de la République peut mettre en mouvement l'action publique ; ou alors, il peut rendre une ordonnance de validation et par conséquent, la convention est mise à exécution. Passé un délai de rétractation de dix jours, l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation. Alors que la CJIP n'est pas inscrite au bulletin n°1 du casier judiciaire de la société, elle fait tout de même l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République et d'une publication sur le site internet de l'AFA.

---

<sup>313</sup> Article 22 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, *op.cit.*

<sup>314</sup> T. AMICO, « La convention judiciaire d'intérêt public ou la compliance comme moyen de lutte contre la récidive », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Série Régulations, Dalloz, 2017, p.79.

<sup>315</sup> Article 25 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude (1), *JORF*, n°0246, 24 octobre 2018, texte n°1.

<sup>316</sup> Article 17 IV 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, *op.cit.*

Par ailleurs, la CJIP met à la charge de la société le versement d'une « *amende d'intérêt public au Trésor public* » dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés et de 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 destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures* » de *compliance*. Le programme de mise en conformité consiste, pour la personne morale, à mettre en place les mesures et procédures définies à l'article 131-39-2 du code pénal.

La première CJIP a été conclue à l'encontre de la banque *HSCB Private Bank Suisse* en 2017 pour démarchage bancaire et financier illicite et blanchiment aggravé de fraude fiscale<sup>317</sup>. Après négociations entre le parquet national financier (PNF) et la banque mise en cause, le président du TGI de Paris homologue la CJIP le 14 novembre 2017 condamnant la banque à une amende de trois cents millions d'euros. Trois ans plus tard, d'autres CJIP ont été conclues, ce qui permet d'établir un état des lieux de la nouvelle transaction pénale à la française.

## **§2 : État des lieux de la transaction pénale à la française**

La loi Sapin II opère « *un véritable changement de paradigme* »<sup>318</sup> en introduisant dans le droit français la convention judiciaire d'intérêt public. Alors que la CJIP apparaît comme un véritable outil de lutte contre les manquements à la probité (A), certains de ses inconvénients ne doivent pas, pour autant, être mis de côté (B).

### **A- L'attractivité de la convention judiciaire d'intérêt public**

En juin 2019, le PNF et l'AFA ont adopté des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de la CJIP et considèrent que « *l'un des principaux avantages de la CJIP concerne les sanctions prononcées à l'encontre des personnes morales* »<sup>319</sup>.

En effet, la CJIP n'emporte pas de déclaration de culpabilité et n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation. Ainsi, en contrepartie du versement d'une amende et éventuellement, la mise en place d'un programme de *compliance*, « *les personnes morales signant une CJIP échapperaient aux peines complémentaires encourues devant le tribunal correctionnel* ». Il peut s'agir de « *la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction, l'interdiction d'exercer certaines activités, la fermeture d'un ou plusieurs établissements, l'exclusion des marchés publics* »<sup>320</sup>. Aussi, le délai

---

<sup>317</sup> PNF, *Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République financier près le tribunal de grande instance de Paris et HSBC Private Bank SA, octobre 2017* (en ligne). Disponible sur : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr> (consulté le 29.04.2020).

<sup>318</sup> T. AMICO, « La convention judiciaire d'intérêt public ou la compliance comme moyen de lutte contre la récidive », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Série Régulations, Dalloz, 2017, p.79.

<sup>319</sup> PNF et AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public* (en ligne). Disponible sur : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr> (consulté le 30.04.2020).

<sup>320</sup> M. KROUTI et P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Dalloz actualité*, juillet 2019.

d'enquête est sensiblement réduit par rapport à une procédure judiciaire traditionnelle, étant observé que la coopération de la personne morale à cette enquête est une condition *sine qua non* au recours à la CJIP.

À court terme, la CJIP permettrait donc à la France de sanctionner efficacement et rapidement les entreprises non conformes aux exigences de *compliance*. Véritable instrument de dissuasion, la CJIP représente aussi une opportunité dans la prévention des infractions. En effet, « *au fur et à mesure que les sociétés mettront en œuvre les obligations de compliance, la commission des infractions de corruption et d'atteinte à la probité reculera nécessairement* »<sup>321</sup>. C'est pour cette raison que l'on considère que c'est la peine de mise en conformité qui justifie le qualificatif « *d'intérêt public* » de cette nouvelle convention. Aussi, à long terme, il faut espérer que la conclusion d'une CJIP soit perçue comme un moyen efficace et suffisamment sévère afin de limiter les poursuites à l'encontre des sociétés françaises par des autorités étrangères. D'ailleurs, les lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP mettent l'accent sur « *la faculté de rechercher une réponse pénale coordonnée avec des autorités judiciaires étrangères qui seraient saisies des mêmes faits* »<sup>322</sup>.

À titre d'illustration, en novembre 2017, le PNF a ouvert une enquête préliminaire à l'encontre de la Société Générale relatif à des placements effectués dans des produits financiers proposés par la banque résultant d'actes de corruption. Une CJIP est signée le 24 mai 2018 et condamne la banque à une amende de deux cent cinquante millions d'euros. Néanmoins, il faut souligner que la montant de cette amende tient compte de celle qui a été versée, en parallèle, au DOJ<sup>323</sup>. En effet, le PNF a partagé les éléments de preuves avec le juge américain afin de parvenir à une résolution coordonnée de leurs enquêtes respectives. C'est pour cette raison que « *les similitudes existantes entre la CJIP et les procédures de DPA anglo-saxonnes permettront sans aucun doute à la CJIP de gagner en crédibilité et en lisibilité* »<sup>324</sup>. D'ailleurs, en janvier 2020, suite à un accord simultané du PNF avec le DOJ et le SFO<sup>325</sup>, la société Airbus a été condamnée à une amende de deux milliards d'euros pour des faits de corruption d'agent public étranger et de corruption privée. « *Cette nouvelle avancée dans la lutte contre la corruption internationale est le fruit du travail mené par le PNF en confiance et en totale coopération avec le SFO, le DOJ et le procureur fédéral du district de Columbia* »<sup>326</sup>.

Pour autant, la Convention judiciaire d'intérêt public fait l'objet de critiques, considérant que « *en termes d'efficacité répressive, la transaction pénale est un mirage* »<sup>327</sup>.

---

<sup>321</sup> T. AMICO, « La convention judiciaire d'intérêt public ou la compliance comme moyen de lutte contre la récidive », in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Série Régulations, Dalloz, 2017, p.79.

<sup>322</sup> PNF et AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public* (en ligne). Disponible sur : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr> (consulté le 30.04.2020).

<sup>323</sup> U.S Department of Justice.

<sup>324</sup> T. AMICO, *op.cit.*, p.79.

<sup>325</sup> Serious Fraud Office (United Kingdom).

<sup>326</sup> AFA, Communiqué de presse du procureur de la République financier, Paris, 31 janvier 2020.

<sup>327</sup> E. ALT et W. BOURDON, « En termes d'efficacité répressive, la transaction pénale est un mirage », *Le Monde*, mai 2016.

## B- Les imperfections de la convention judiciaire d'intérêt public

Alors que « *l'ordonnance de validation n'emporte pas de déclaration de culpabilité* », il convient de préciser que, lorsqu'elle est envisagée par un juge d'instruction, la CJIP ne peut être proposée qu'une fois la société mise en examen et à la condition que celle-ci reconnaisse les faits et accepte la qualification pénale retenue. Aussi, le PNF rappelle dans ses lignes directrices que « *le caractère volontaire de la révélation des faits qui doit intervenir dans un délai raisonnable* » et « *le degré de coopération avec l'autorité judiciaire* » sont des éléments à prendre en compte pour apprécier l'opportunité d'une CJIP. En ce sens, « *il est effectivement précisé que la qualité de la coopération, soit sa portée et son étendue, sera prise en compte à deux égards, pour l'opportunité du recours à une telle procédure et, le cas échéant, pour la fixation du montant de l'intérêt public* »<sup>328</sup>. Même si, juridiquement, la CJIP n'emporte pas de déclaration de culpabilité, la société mise en cause est vivement encouragée à participer à la manifestation de la vérité et donc, en d'autres termes, déclarer sa culpabilité.

Par ailleurs, il paraît important d'apporter des précisions quant à la détermination du montant de l'amende d'intérêt public. En effet, selon l'article 22 de la loi Sapin II, « *le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements* »<sup>329</sup>. Dès lors, le montant de l'amende, outre les frais à la charge de la société pour se soumettre à un programme de *compliance*, peut être considérable. Aussi, le PNF fixe cinq facteurs majorants à prendre en considération pour la dimension punitive de l'amende, à savoir l'existence d'éventuelles condamnations en France ou à l'étranger pour des faits similaires, l'utilisation de ses propres ressources pour dissimuler les faits ou encore le caractère répété, voire systématique, des faits de corruption. Alors que le montant maximal qu'encourt une personne morale condamnée pour des faits de corruption s'élève à un million d'euros ou le double du produit de l'infraction<sup>330</sup>, le versement d'une amende d'intérêt public peut, à certains égards, être bien plus important que la sanction prévue pour des faits de corruption par le Code pénal.

Aussi, alors que la CJIP n'est pas inscrite au bulletin judiciaire n°1 du casier judiciaire, elle fait l'objet d'un communiqué de presse du parquet et une publication sur le site internet de l'AFA. Ces supports étant librement accessibles par le grand public, le risque réputationnel de la société ayant accepté le protocole de transaction pénale s'avère être très dissuasif et pourra porter discrédit à l'intérêt de la CJIP.

---

<sup>328</sup> M. KROUTI et P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Dalloz actualité*, juillet 2019.

<sup>329</sup> Article 22 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), *JORF*, n°0287, 10 décembre 2016.

<sup>330</sup> *Code pénal*, art. 433-1.



Par conséquent, alors que le législateur français a créé « *un outil juridique hybride* », les zones d'ombres de la nouvelle pratique de la justice négociée en France pourrait rendre la CJIP très dissuasive pour les entreprises. « *Il est ainsi souhaitable qu'une approche plus équilibrée, et véritablement transactionnelle, soit consacrée* » équivalent aux *deferred prosecution agreement* américain.

## CONCLUSION TITRE I

En droit des sociétés, la loi est d'inspiration libérale. Il appartient au législateur de fixer les règles mais il ne peut pas se substituer aux organes sociaux, dépositaires de l'intérêt social. Avec la *compliance*, ce sont les dirigeants, eux-mêmes, qui doivent assurer le contrôle des règles qui leur sont applicables. Mais c'est bien parce que le législateur n'a pas confiance qu'il adopte, en parallèle des techniques de prévention, tout un arsenal répressif. L'objectif du législateur est de mettre en place, en France, un dispositif de *compliance* analogue à celui des États-Unis d'Amérique. Le Convention judiciaire d'intérêt public en est la preuve. Pour autant, la loi Sapin II<sup>331</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>332</sup> instaure une obligation de moyen renforcée. Par conséquent, si une entreprise française tente de justifier les raisons pour lesquelles elle n'a pas mis en place un programme de lutte contre la corruption ou un plan de vigilance efficient, le régulateur ou le juge écarteront d'office la justification. Néanmoins, pour reprendre la formule employée par le Professeur FRISON-ROCHE, « *ce ne sont pas la dureté ou l'ampleur des programmes qui sont critiquables mais leur caractère mécanique* ». Dès lors qu'un manquement est constaté et la réponse à des « *maux globaux* » n'est pas apportée, l'entreprise sera sanctionnée. Il est alors légitime de s'interroger sur ce qu'est réellement une entreprise conforme, celle qui publie à la lettre les dispositifs de *compliance* ou celle qui met tout en œuvre pour y parvenir ?

## TITRE II

### VIGILANCE ET *COMPLIANCE*, ENTRE MYTHE ET RÉALITÉ

L'obligation de vigilance et la *compliance* impliquent de nouveaux devoirs à l'encontre des entreprises françaises mais surtout de nouvelles logiques. La voie choisie par les pouvoirs publics est d'imposer aux entreprises mondialisées des valeurs essentielles, que ce soit le respect des droits humains, des libertés fondamentales, de lutte contre la probité... Pourtant d'origine vertueuse, le

---

<sup>331</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>332</sup> 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, 28 mars 2017.

processus de *compliance* n'est pas abouti et encore limité pour l'heure. L'entreprise conforme reste un idéal (CHAPITRE I). Pour que le mythe de l'entreprise conforme tombe au profit d'une réelle responsabilisation des acteurs économiques, il est donc nécessaire de repenser le modèle juridique de la *compliance* et proposer de nouvelles méthodes pour un droit de la *compliance* efficient (CHAPITRE II).

## CHAPITRE I

### L'ENTREPRISE CONFORME, UN IDÉAL

L'émergence de la *compliance*, au-delà de sa délicate mise en œuvre, révèle une adhésion imparfaite de la part des entreprises de taille significative. Environ « 78% des dirigeants d'entreprises à travers le monde considèrent la multiplication des réglementations comme un obstacle à la croissance de leur activité »<sup>333</sup>. La multitude des normes auxquelles les entreprises doivent se référer expose à un risque considérable de conformité « de façade » (Section I) intensifié par l'obligation de répondre à des maux globaux (Section II) aux antipodes de l'essence même d'une société, à savoir le partage de bénéfices.

#### Section I : L'écueil d'une conformité de façade

Plusieurs années se sont écoulées depuis la promulgation de la loi sur la lutte contre la corruption<sup>334</sup> et de la loi sur le devoir de vigilance<sup>335</sup>. Alors qu'un nouveau processus de mise en conformité des entreprises est d'ores et déjà enclenché, il reste évident que la démarche n'est pas achevée. Certains éléments restent en suspens, que ce soit au niveau matériel (§1) mais aussi spatial (§2) qui, s'ils sont mal appréhendés, aboutiront à une conformité de façade.

##### **§1 : Les lacunes matérielles**

À la lecture de l'étude d'impact de la loi relative au devoir de vigilance, une attention particulière a été portée sur « l'impossibilité de dresser de façon fiable la liste des entreprises concernées ». Aussi, selon un sondage réalisé par l'AFJE sur la *compliance*, a été constaté que seulement 33% des entreprises interrogées pensaient être en pleine conformité. Cet état des lieux permet de mesurer le chemin parcouru et donc, les difficultés rencontrées, que ce soit dans l'appréciation des entreprises concernées (A) que dans les moyens mis en place par ces dernières (B).

---

<sup>333</sup> B. CORDIER, « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Revue Analyse financière*, n°58, mars 2016.

<sup>334</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>335</sup> 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, 28 mars 2017.

## A- Des données approximatives

La première difficulté d'application pratique est surprenante : « *aucun service de l'État ne dispose actuellement de l'intégralité des informations nécessaires pour déterminer si la loi s'applique à telle ou telle société* »<sup>336</sup>.

Malgré des termes précis quant au critère de seuils d'effectif, il apparaît que « *les informations recueillies par les Greffes de Tribunaux de Commerce sont parcellaires* »<sup>337</sup>. Cette incertitude peut s'expliquer, notamment, par l'évolution d'une année sur l'autre des critères de siège social et d'effectifs salariés. Aussi, en prenant l'exemple d'une société étrangère, son intégration fiscale dans un groupe international complexifie l'identification de la seule partie française qui serait, potentiellement, concernée par les exigences françaises de *compliance*.

Dès lors, pour apprécier la réelle portée de la loi, il paraît important d'établir une liste concrète des entreprises concernées. Alors que la loi Sapin II<sup>338</sup> cible mille six cents entreprises en France et à l'étranger<sup>339</sup>, les données chiffrées sont bien moins précises pour la loi relative au devoir de vigilance<sup>340</sup>. L'étude d'impact de ladite loi propose différentes approches pour mesurer le réel champ d'application de la loi. En reprenant la définition de « *grande entreprise* » de l'INSEE<sup>341</sup>, la loi sur le devoir de vigilance pourrait alors concerner plus de deux cent quatre-vingt-dix entreprises. Aussi, l'on pourrait se rapprocher d'organismes privés chargés d'établir des bases de données ou annuaires d'entreprises afin d'obtenir une vision d'ensemble des entreprises et groupes visés par la loi relative au devoir de vigilance.

De ce constat, il n'est pas question de modifier les termes de la loi mais d'en préciser les contours. Par ailleurs, il paraît aussi primordial de donner davantage de moyens à ces entreprises qui voient leur responsabilité accroître face aux nouveaux enjeux de la *compliance*.

---

<sup>336</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, Ministère de l'économie et des finances, janvier 2020.

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>339</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, Dispositif anticorruption de la loi Sapin II : Guide pratique pour la mise en place des mesures anticorruption imposées par la loi aux entreprises, 2017 (en ligne). Disponible sur : <https://transparency-france.org/> (consulté le 8.07.2020).

<sup>340</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>341</sup> Selon l'INSEE, une grande entreprise est une entreprise qui vérifie au moins une des deux conditions suivantes : avoir au moins 5000 salariés ; avoir plus de 1,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires et plus de 2 milliards d'euros de total de bilan. Cette catégorie d'entreprises est définie par le décret d'application (n°2008-1354) de l'article 51 de la loi de modernisation de l'économie, relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.

## B- Des moyens insuffisants

Les entreprises françaises n'ont pas découvert les principes de la *compliance* au moment de la promulgation de la loi Sapin II<sup>342</sup> et de la loi relative au devoir de vigilance<sup>343</sup>. Depuis les années 2010, de nombreuses interventions législatives sont venues préciser les contours de l'obligation de conformité. C'est pour cette raison que « *la maturité des multinationales en matière de droits humains dans le monde est faible, mais elle est nettement meilleure pour la France que dans le reste du monde* »<sup>344</sup>. Pour autant, ces multiples interventions fragilisent le milieu économique qui doit, sans cesse, renouveler ses efforts en matière de *compliance*.

Il ne fait pas de doute, l'entreprise est au cœur du processus de *compliance*. Mais certaines de ces entreprises peuvent se retrouver sans arme face à ces nouveaux enjeux : plan de vigilance, code de conduite, cartographie des risques, procédure d'évaluation des tiers, procédure de contrôle comptable, gestion des alertes... Alors que ces mesures sont présentées comme des atouts de compétitivité et d'attractivité, il n'en reste pas moins qu'il est relativement complexe de mettre en œuvre ces mesures de prévention. D'ailleurs, l'étude d'impact de la loi sur le devoir de vigilance relève que « *le document de référence est un outil lourd, où les entreprises ne sont pas enclines à s'exposer trop largement* »<sup>345</sup>, au risque, peut-être, de ne pas pouvoir tenir ses engagements.

Manque de ressources humaines, complexité des mesures à mettre en œuvre, moyens budgétaires limités, tant de facteurs qui affaiblissent les entreprises dans leurs démarches de mise en conformité. « *Si les entreprises connaissent leurs obligations, malgré des efforts sensibles, elles n'ont pas encore pu les mettre intégralement en œuvre (...) les entreprises ne sont que partiellement à jour de leurs obligations (58,43%), voir absolument pas (3,62%)* »<sup>346</sup>.

Pour rappel, l'AFA vérifie en premier lieu, lors de ses contrôles, l'engagement des instances dirigeantes, notamment au vu des moyens mis en œuvre. Mais il paraît essentiel, a contrario, d'apporter un soutien et une aide dans le déploiement des dispositifs de prévention pour des entreprises, qui, dans la plupart des cas, n'ont pas les moyens adéquats pour justifier cette politique. D'ailleurs, le champ extraterritorial de la *compliance* renforce ces difficultés de mise en œuvre.

---

<sup>342</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>343</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>344</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, Ministère de l'économie et des finances, janvier 2020.

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> AFJE, Étude « *Compliance & Anticorruption, où en sont vraiment les entreprises en France ?* », Éditions législatives, 2019-2020 (en ligne). Disponible sur : <https://afje.org> (consulté le 9.07.2020).

## §2 : Les lacunes spatiales

La loi relative au devoir de vigilance vise « *les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »<sup>347</sup> tandis que la loi Sapin II est destinée à prévenir et à détecter des « *faits de corruption ou de trafic d'influence* »<sup>348</sup>. Des domaines et des principes généraux (A), certes, mais les entreprises françaises ne peuvent pas faire cavaliers seuls et doivent s'adapter aux législations étrangères (B).

### A- Des domaines vastes

Comme le souligne le Professeur GAUDEMET, « *la compliance a potentiellement vocation à concerner toutes les branches du droit de l'entreprise – la lutte contre la corruption, la lutte contre le blanchiment d'argent, la lutte contre la fraude fiscale et sociale, la responsabilité sociale et environnementale, la sécurité des produits, la protection des données personnelles, etc.* »<sup>349</sup>. Cette transdisciplinarité fait la force de la *compliance* mais présente aussi des faiblesses. En effet, la loi Sapin II<sup>350</sup> et la loi sur le devoir de vigilance<sup>351</sup> recouvrent des domaines particulièrement vastes. Les entreprises concernées par ces nouveaux enjeux doivent alors adapter leur façon de conduire leur activité tout en prenant en compte les territoires étrangers et les entités distinctes avec lesquels ils entretiennent des relations d'affaires.

Pourtant, une difficulté apparaît : un dirigeant de société peut se retrouver confronté à 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* »<sup>352</sup>. L'on retrouve ici le délicat jeu entre la confiance et la méfiance. Certes, la démarche de prévention des risques est vertueuse. Pour autant, de nombreuses questions restent en suspens, notamment en cas de mauvaise identification des risques, de périmètre de collecte d'informations erroné ou encore de relations marquées par le secret des affaires.

D'ailleurs, l'étude d'impact réalisé à propos de la loi sur le devoir de vigilance met l'accent sur le fait que « *pour l'instant, les publications sont pour la plupart plutôt succinctes, ce qui ne signifie pas que les politiques soient limitées et faibles, mais que les entreprises retiennent de l'information. L'élargissement et l'approfondissement du niveau de détail des plans de vigilance exposent l'entreprise aussi bien juridiquement que médiatiquement* »<sup>353</sup>. Les risques de poursuites et de sanctions en cas

---

<sup>347</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>348</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>349</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire 2019/1* (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>350</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>351</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>352</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, Ministère de l'économie et des finances, janvier 2020.

<sup>353</sup> *Ibid.*

d'informations trompeuses ou inexactes freinent la démarche de mise en conformité des entreprises qui se retrouvent souvent confrontées à des législations étrangères divergentes.

## **B- Des distorsions avec les législations étrangères**

« Si le dialogue avec les ONG, à l'origine même de la loi, ne s'améliore pas, le devoir de vigilance pourrait devenir une obligation de papier, une conformité de type 'tick the box'<sup>354</sup>, et non pas une véritable politique de réduction des risques au quotidien »<sup>355</sup>. En effet, les attentes françaises en matière de *compliance* ne sont pas tout à fait, et c'est fort regrettable, les mêmes que dans certains pays. Que ce soit en matière de liberté syndicale, d'égalité des hommes et des femmes, du respect des minorités... nombreux sont les sujets abordés par la *compliance* et qui ne sont pas appréhendés de la même manière à travers le monde. Pourtant, 92,66% des groupes interrogés par l'AFJE exercent leur activité à l'étranger, y compris le plus souvent en dehors de l'Union européenne<sup>356</sup>.

Il est alors primordial, au-delà de vérifier les processus de mise en conformité engagés par les entreprises françaises et étrangères, de les accompagner dans cette démarche. C'est la mission que s'est donné l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales en créant, en 2000, les points de contacts nationaux (PCN). L'objectif est d'aider les entreprises et actionnaires à prendre des mesures appropriées afin de promouvoir les principes directeurs de l'OCDE. Par la médiation et la conciliation, les PCN contribuent à la résolution de questions soulevées par la mise en œuvre de ces principes. À titre d'illustration, « l'entreprise Michelin a opéré une révolution intérieure dans sa démarche de responsabilité sociétale vers un niveau très élevé de respect de ces principes »<sup>357</sup> suite à une procédure intentée à son encontre.

Il y a une certitude : le plan de vigilance ou le code de conduite idéal n'existe pas. Néanmoins, en adoptant la démarche des PCN, l'idée est d'engager les entreprises dans une démarche constante de progrès et d'efficacité, sans pour autant leur reprocher de ne pas avoir atteint un niveau parfait en termes de lutte contre la corruption et de respect des droits humains. Ce niveau parfait de conformité n'est d'ailleurs pas envisageable puisque, selon le professeur FRISON-ROCHE, la *compliance* est une réponse à des « *buts monumentaux* ».

## **Section II : Des buts monumentaux pour des maux globaux**

Pour reprendre les propos du professeur FRISON-ROCHE, « le droit exprime le souci de l'autre. C'est ce que je désigne comme un « but monumental ». Justement, la *compliance* exprime des buts

---

<sup>354</sup> L'expression anglaise « *tick the box* » signifie « cocher une case ».

<sup>355</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, *op.cit.*

<sup>356</sup> AFJE, Étude « Compliance & Anticorruption, où en sont vraiment les entreprises en France ? », *op.cit.*

<sup>357</sup> B. PARENCE, « Une illustration d'une démarche de compliance en droit de l'environnement : le cas de Michelin devant le Point de contact national France » in M-A FRISON-ROCHE (dir.), *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.37.

vertigineux, que la loi Sapin II a recopié du droit américain, et que la loi dite vigilance a développé »<sup>358</sup>. Pour autant, beaucoup d'entreprises comprennent la *compliance* comme « un outil de protection de leur intérêt et de leur réputation. Leurs démarches sont donc tournées vers elles-mêmes et non pas vers l'extérieur »<sup>359</sup>. Les entreprises les plus cruciales vont donc se saisir de ce nouveau phénomène comme un instrument au service de leur économie (§2), d'autant plus que le caractère éthique des affaires évolue sans cesse (§1).

### **§1 : Les difficultés temporelles**

La *compliance* est un ensemble de techniques dont l'intérêt, à terme, est de réduire significativement le risque aux infractions. Mais ce processus est long à mettre en place (B) et les récentes interventions législatives à cet égard, à savoir la loi Sapin II<sup>360</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>361</sup>, ne permettent pas d'avoir une vision d'ensemble de la réelle portée de la *compliance* (A).

#### **A- Des référentiels embryonnaires**

Trois années se sont écoulées depuis l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance<sup>362</sup>. Les premiers plans de vigilance ont été publiés en 2018 dans les rapports de gestion relatifs à l'exercice 2017. Alors que le nouvel article L.225-102-4 prévoit un « dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité », il est relativement difficile d'apprécier la réelle portée du devoir de vigilance. En effet, ces mesures d'évaluation « ont été publiés en 2019 pour l'exercice 2018, soit 'le premier exercice ouvert après la publication de la présente loi'. L'évaluation de la loi est donc précoce »<sup>363</sup>. En effet, l'évaluation de la loi intervient très peu de temps après sa mise en œuvre et il est donc prématuré, à ce jour, de tirer des conclusions sur l'influence du devoir de vigilance à l'égard des entreprises françaises.

Dans ce sens, la loi relative à la lutte contre la corruption et le trafic d'influence<sup>364</sup> a été adopté en 2016. Alors que l'AFA s'est vu confier la mission de contrôler les instances dirigeantes et d'évaluer les risques d'atteinte à la probité de l'entité contrôlée, le constat est identique à celui de la loi relative au devoir de vigilance<sup>365</sup>. Encore très récente, la loi Sapin II<sup>366</sup> est trop peu connue des acteurs économiques

---

<sup>358</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Il faut construire un dispositif européen de *compliance*, voilà l'avenir ! » (en ligne). Disponible sur : <https://www.actu-juridique.fr> (consulté le 16.07.2020)

<sup>359</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, *op.cit.*

<sup>360</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>361</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, *op.cit.*

<sup>364</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>365</sup> Loi 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>366</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

et les dispositifs mis en place restent éparses et incomplets. Ainsi, il est relativement difficile d'établir une réelle évaluation des risques et de contrôler le suivi des mesures de prévention. D'ailleurs, ces mesures se matérialisent par l'élaboration d'un « plan » qui, par définition, relève d'une organisation dans l'espace et dans le temps. Il s'agit d'établir une projection pour l'avenir.

## **B- De l'organisation dans l'avenir**

Le terme « plan » est primordial. De manière usuelle, le plan est un projet et représente « *schématiquement l'organisation dans l'espace des différents éléments d'un tout* »<sup>367</sup>. Il en va de même du terme « programme » issu de la loi Sapin II défini comme « *l'ensemble des projets, des intentions d'action de quelqu'un* »<sup>368</sup>. Il ressort de ces éléments de définition une difficulté : la mise en œuvre des dispositions de la loi relative au devoir de vigilance<sup>369</sup> et de la loi Sapin II<sup>370</sup> s'inscrivent dans la durée. Il s'agit, pour les entreprises de taille significative, d'un engagement sur du long terme dont les objectifs de conformité sont à échelonner dans le temps.

Certains évènements peuvent alors heurter l'effectivité et l'efficacité des systèmes de *compliance*. Par exemple, *quid* du bilan et du contrôle des mesures de prévention en cas de succession de dirigeant ? Pour rappel, il revient aux instances dirigeantes de mettre en œuvre un plan de vigilance et/ou un programme de conformité. Pourtant, dans l'hypothèse où un dirigeant quitte ses fonctions, et ce, pour quelle que soit la raison, aucune recommandation n'est apportée au nouveau dirigeant. Doit-il suivre la marche engagée par son prédécesseur ou adopter une nouvelle démarche de mise en conformité ? Il en va de même en cas de changement au sein du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance chargé de veiller à l'application des mesures de prévention.

Face à ces incertitudes juridiques, il est proposé de « *réaliser une veille au sein de l'administration (...) sur les procédures relatives à l'application de la loi, afin de mesurer la nécessité de préciser certains points dans l'avenir* »<sup>371</sup>, ce qui permettrait de contourner les risques d'instrumentalisation économique de la *compliance*.

### **§2 : Les risques d'instrumentalisation économique**

Avec la *compliance*, il est fait référence à de nombreuses notions : lutte contre la corruption, fraude fiscale, libertés fondamentales, santé et sécurité, environnement... Tant de domaines qui permettent d'observer que la *compliance* n'est pas une notion juridique à proprement parler (A) mais

---

<sup>367</sup> Dictionnaire Larousse de poche, 2020.

<sup>368</sup> *Ibid.*

<sup>369</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>370</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>371</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, Ministère de l'économie et des finances, janvier 2020.



qu'elle repose sur des concepts en constante mutation (B) qu'il est nécessaire d'appréhender pour éviter tout risque d'instrumentalisation économique au profit des entreprises cruciales.

#### **A- La *compliance*, une notion a-juridique**

Le Professeur GAUDEMET rappelle justement que les règles relatives à la *compliance* « sont des règles ordinaires du droit de l'entreprise, considéré dans ses différentes branches », que ce soit le droit pénal, le droit de la concurrence, le droit financier ... Certes, la *compliance* est un concept qui préoccupe toutes les branches du droit. Pour autant, l'essence même de ce nouveau concept juridique est l'économie. De prime abord, « la *compliance* n'intéresserait pas le juriste français mais relèverait plutôt des sciences de gestion ou de l'information puisqu'elle adopte une approche non théorisée et préfère une approche opérationnelle »<sup>372</sup>. En reprenant la définition du Cercle de la *compliance*, il s'agit avant tout d'un « ensemble de processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise »<sup>373</sup>. Ignorant l'entreprise, le droit français doit alors élaborer une culture d'entreprise afin que chaque partie prenante adhère à cette nouvelle culture de conformité. Effectivement, l'entreprise est une notion centrale en droit des affaires. Néanmoins, cette dernière n'est pas définie par le droit ; il s'agit d'une notion économique qui recouvre des réalités juridiques différentes. Alors que les entreprises sont au cœur de la *compliance*, il est donc primordial de consacrer, juridiquement, la notion d'entreprise afin que la *compliance* soit réellement considérée comme « une discipline du lien entre la fonction juridique et les fonctions opérationnelles de l'entreprise »<sup>374</sup>.

Pourtant, un nouvel obstacle à la consécration juridique de la *compliance* apparaît : il s'agit d'une notion autant économique que politique. Sous l'impulsion des États, le phénomène de prévention des risques repose éminemment sur la politique menée par les autorités publiques. D'ailleurs, l'opposition entre le secret des affaires et les lanceurs d'alerte en est une illustration : il est délicat d'appréhender l'intérêt général promu par les autorités publiques et les intérêts individuels défendus par les entreprises.

#### **B- La *compliance*, une notion versatile**

La *compliance* est marquée par l'impératif constant de transparence. L'idée est d'ouvrir l'information au public afin de maîtriser tous les aspects qui gouvernent la gestion de l'entreprise. Pourtant, « les attentes des consommateurs, parties prenantes par excellence, accentuent les risques issus de l'opinion publique, qui, par définition, est versatile alors que la notion de réputation sociétale doit se construire sur le long terme »<sup>375</sup>. En effet, il est important de souligner la dimension

---

<sup>372</sup> A. GAUDEMET, « La *compliance* : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit », Paris, Éditions Panthéon-Assas, Collection « Colloques », 2016.

<sup>373</sup> LE CERCLE DE LA COMPLIANCE, *À quoi se réfère exactement le terme *compliance* ?* (en ligne). Disponible sur : <https://www.lecercledelacompliance.com> (consulté le 27.01.2020).

<sup>374</sup> A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire* 2019/1 (n° 165), Printemps 2019, p.109.

<sup>375</sup> C. MALECKI, « Opinion publique et gouvernance d'entreprise », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ Lextenso Éditions, LexisNexis, 2015, p.503 et suiv.

psychologique et comportementale sur laquelle repose la *compliance*. Le XIX<sup>ème</sup> siècle est marqué par des préoccupations telles que la lutte contre la déforestation et le gaspillage alimentaire, l'égalité des genres, l'accès à l'éducation, mais quand sera-t-il les prochaines décennies ? Le processus de *compliance* repose sur une éthique des affaires et donc, une opinion publique qui évolue au fil du temps.

Il est alors essentiel de porter une attention particulière au mauvais usage de la *compliance* pour rendre le délit conforme. Effectivement, nombreuses sont les entreprises qui s'emparent du mouvement de *compliance* pour des raisons purement financières et réputationnelles. Il est important de rappeler que la loi Sapin II<sup>376</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>377</sup> reposent sur des obligations de moyens et non pas de résultat. Dès lors, les juges se borneront à vérifier l'existence d'un plan de vigilance ou d'un programme de conformité sans pour autant étudier son effectivité. « *Un risque non négligeable d'instrumentalisation économique est dénoncé par la doctrine qui évoque un détournement pervers de la labellisation éthique des activités des affaires* »<sup>378</sup>. Par conséquent, si une entreprise mise en cause tente de se justifier en raison des difficultés techniques précédemment évoquées ou en montrant qu'elle a été diligente pour ce faire, le régulateur ou le juge pénal écarteront d'emblée la justification.

Pour le Professeur FRISON-ROCHE, « *il faut certes discipliner les opérateurs économiques et qu'ils rendent des comptes, mais faire dépendre leur sort au cas par cas par des notions qui changent de sens n'est pas admissible* »<sup>379</sup>. Alors, plutôt que d'emprunter des solutions éparses, il paraît essentiel de créer un véritable droit de la *compliance*.

## CHAPITRE II

### DES PROPOSITIONS POUR UN DROIT DE LA *COMPLIANCE* EFFICIENT

Il ne fait pas de doute, « *le droit de la compliance est en train de prendre son autonomie* »<sup>380</sup>. Certes, les exigences juridiques sont précisées par la loi Sapin II<sup>381</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>382</sup>. Pourtant, le droit de la *compliance* reste disséminé et il est nécessaire, aujourd'hui, d'unifier ce droit au niveau interne (§1) et international (§2).

---

<sup>376</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>377</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>378</sup> G. FOURNIER, « Le droit pénal et le risque d'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires, Aspects organisationnels du droit des affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pailhuseau*, Dalloz, 2003, p.273.

<sup>379</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p.1871.

<sup>380</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2018, p.1561.

<sup>381</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>382</sup> 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, 28 mars 2017.

## Section I : Au niveau interne

Au-delà des obligations de prévention et de détection des risques prévues par les dernières interventions du législateur français, il paraît aujourd'hui important, non pas de préciser, mais de fixer les règles qui gouvernent la *compliance*. L'adoption d'un « code de la *compliance* » (§1) ou l'assimilation des programmes de conformité et des plans de vigilance à un contrat (§2) sont deux techniques juridiques qui permettraient alors de construire le droit de la *compliance* au niveau interne.

### §1 : L'adoption d'un code de la *compliance*

Selon le Professeur FRISON-ROCHE, « *les principes directeurs du droit de la compliance doivent être clairs et ne pas dépendre des situations ou des arrangements trouvés. L'entreprise doit être obligée par le jeu d'un texte général et non pas par sa volonté propre : les diverses chartres pulvérisent les normes obligatoires, achèvent de brouiller la compliance et fragilisent les opérateurs* »<sup>383</sup>. C'est pour cette raison qu'il est important de créer un code regroupant l'ensemble des principes directeurs (A) dont une autorité administrative indépendante aura la charge de veiller à leur application effective (B).

#### A- La création d'un code commun

L'idée d'un code rassemblant l'ensemble des principes directeurs destinés à encadrer la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée n'est pas nouvelle. À l'instar des codes de gouvernance<sup>384</sup>, les entreprises pourraient être tenues de respecter un « code de vigilance et de *compliance* ».

Aujourd'hui, si l'on se concentre sur le contenu des codes de vigilance et des programmes de conformité, il est clair que nombreuses sont les déclarations qui n'engagent à rien. Par exemple, le groupe Total déclare, au sein de son code de conduite, respecter « *toutes les lois et normes nationales et internationales applicables à nos activités* »<sup>385</sup>. Ces engagements ne font souvent que reprendre des règles imposées par la loi mais vident totalement le sens de la *compliance* qui est une démarche active de prévention et de gestion des risques. En effet, il est difficile pour les entreprises de prendre en compte les différents enjeux de la *compliance*, d'autant plus que ces derniers sont éclatés dans diverses sources, à savoir :

- des chartes intra-entreprises (dont le code de vigilance),
- des codifications inter-entreprises d'origine privée (par renvoi au code de gouvernement d'entreprise),

---

<sup>383</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p.1871.

<sup>384</sup> En France, les règles de gouvernance ne sont pas issues de la loi, mais de deux codes de gouvernance : le code AFEP-MEDEF (principalement suivi par les entreprises du CAC 40) et le code Middlednext (suivi par les entreprises cotées de moyennes et de petites tailles).

<sup>385</sup> Total, « Code de conduite, nos valeurs en pratique », décembre 2018 (en ligne). Disponible sur : <https://www.total.com> (consulté le 20.07.2020).

- des codes d'origine doctrinale (comme les « *Principes of corporate governance* » des États-Unis d'Amérique ou le « *Code of best practice* » du Royaume-Uni),
- ou encore la loi avec le devoir de vigilance<sup>386</sup> et la loi Sapin II<sup>387</sup>.

Dès lors, il serait intéressant de créer un code commun regroupant l'ensemble de ces différentes sources. En ce sens, sous la direction de la Doyenne d'Université Madame le Professeur BOURSIER, Maîtres FEUGÈRE et CHEVRIER, le premier code en matière de *compliance*, incluant une approche française, européenne et internationale, paraîtra en septembre 2020. Cet outil deviendra, sans doute, un indispensable pour les praticiens accompagnant les entreprises françaises dans leurs démarches de mise en conformité. Le « Code de la *compliance* 2021 » est une grande avancée juridique vers la construction d'un droit de la *compliance* dont l'application ne serait effective sans la consécration d'une autorité administrative indépendante en charge de sa mise en œuvre.

### **B- La création d'autorité administrative indépendante commune**

À la lecture de l'étude d'impact de la loi relative au devoir de vigilance, il est recommandé de « charger un service de l'État de la promotion du devoir de vigilance en prévoyant des moyens dédiés et en lui donnant accès aux données non publiables détenues par les autres administrations pour lui permettre d'en vérifier et d'en renforcer l'application »<sup>388</sup>. Il n'est pas question que cette autorité administrative indépendante (AAI) devienne un lieu de contrôle des obligations des entreprises, ni de sanction. En effet, il est rappelé que ce « rôle qui ne pourrait être dévolu que par la loi », comme c'est le cas avec l'AFA instituée par la loi Sapin II<sup>389</sup>, d'autant plus que ce pouvoir a été réservé, en ce qui concerne le devoir de vigilance, à l'autorité judiciaire.

Pour autant, « ce service pourrait jouer un rôle de promotion active du devoir de vigilance, dans l'intérêt bien compris des entreprises elles-mêmes »<sup>390</sup>. Aussi, par le biais de cette AAI, il serait intéressant de promouvoir les règles du « *comply or explain* »<sup>391</sup>. Effectivement, le principe de « *se conformer ou s'expliquer* » est un mécanisme de transparence qui vise à « *contraindre les sociétés à communiquer sur l'application qu'elles opèrent d'un code de bonne conduite en matière de gouvernance d'entreprise, et à se justifier des écarts aux dispositions du code* »<sup>392</sup>. Par conséquent, les

<sup>386</sup> 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, 28 mars 2017.

<sup>387</sup> 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, 10 décembre 2016.

<sup>388</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, Ministère de l'économie et des finances, janvier 2020.

<sup>389</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>390</sup> A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, *op.cit.*

<sup>391</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>392</sup> B. FASTERLING et J-C DUHAMEL, « Le *comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, Cairn, 2009, p.129 à 157.

entreprises ne seraient plus sujettes à sanction si certains points du plan de vigilance ou du programme de conformité sont écartés et justifiés pour des raisons, par exemple, techniques ou financières. L'AAI serait donc un garant dans la juste application des principes de *compliance* et un pilier pour les entreprises françaises dans la mise en œuvre de ces principes.

Par ailleurs, il reste que « *les règles classiques du droit doivent être respectées dans le droit de la compliance où la répression est au cœur : norme générale connue et préalablement établie, application non-casuistique, technique préalablement établie de préconstitution des preuves de diligences* »<sup>393</sup>. C'est pour cette raison que le contrat est présenté comme un réel instrument au service du droit de la *compliance*.

## **§2 : Le contrat au service de la compliance**

Pendant longtemps, la *compliance* était rattachée à la *soft law*. Pourtant, sa mise en œuvre reste délicate. L'ensemble des principes manquent de précision et demeurent trop vagues pour être suffisamment contraignants. C'est pourquoi l'effectivité des droits fondamentaux, la promotion et la protection de l'environnement et la lutte contre la corruption peuvent alors être assurés par la voie contractuelle. Le contrat présente de nombreux intérêts (A) dont les effets sont au service du droit de la *compliance* (B).

### **A- L'intérêt du contrat**

Le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »<sup>394</sup>. Véritable instrument économique, ce dernier peut également devenir un instrument de pouvoir. En effet, « *le contrat n'est pas seulement un instrument d'échange économique, il produit des effets normatifs et fixe une réglementation générale et abstraite de la relation commerciale* »<sup>395</sup>. De ce fait, l'idée est de concilier les différentes dimensions de la *compliance*, à savoir économique, politique et juridique, vers une véritable « *harmonie normative* »<sup>396</sup>.

Par le biais de la loi Sapin II<sup>397</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>398</sup>, la France encourage les sociétés à appliquer les principes de la *compliance*. En ce sens, c'est l'instrument contractuel qui est privilégié. L'idée est d'étendre le champ d'application des dispositions relatives à la *compliance* à l'intégralité des acteurs économiques. Par la technique contractuelle, ce sont l'ensemble des parties prenantes qui sont engagées dans la mise en œuvre de ces principes. Il ne s'agira plus d'une conformité de façade avec des énoncés imprécis et sans réelle portée normative dont seules les entreprises françaises

---

<sup>393</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p.1871.

<sup>394</sup> *Code civil*, art. 1101.

<sup>395</sup> M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, *Dalloz, Thèmes et commentaires*, 2008, p.323 et suiv.

<sup>396</sup> M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *Revue Lamy droit des affaires*, n°104, mai 2015.

<sup>397</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>398</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

visées par la loi seront responsables. Comme le précise le Professeur MEKKI, « *le droit privé en général et le contrat de droit privé en particulier sont des outils utiles et nécessaires à la réalisation de l'intérêt général* »<sup>399</sup>. Ce dernier serait donc un instrument essentiel à la diffusion du droit de la *compliance* dont les effets permettront de transformer la *compliance* en une véritable norme générale de comportement.

## **B- Les effets du contrat**

Par principe, le contrat n'a d'effet que pour les parties en cause. Ainsi, il permet de diffuser, « *entre les partenaires, de façon horizontale, une série d'obligations de vigilance en créant en quelque sorte un 'réseau de vigilance'* »<sup>400</sup>.

En effet, les sociétés visées par la loi Sapin II<sup>401</sup> et la loi relative au devoir de vigilance<sup>402</sup> pourront renforcer leurs obligations de prévention et de détection des risques inhérents à leur activité et leurs rapports avec l'ensemble des parties prenantes, qui, par l'effet des seuils et de l'extraterritorialité des dispositions, ne sont pas toujours concernées par ces obligations. Par exemple, l'Oréal énonce vouloir, dans son code éthique, « *partager ces principes avec ses partenaires commerciaux, et s'assurer, dans la mesure du possible, que ces derniers respectent bien ces mêmes lois et réglementations* »<sup>403</sup>. Même si ces principes restent relativement peu négociés, « *ils n'en restent pas moins, à l'instar des contrats d'adhésion, de véritables contrats et sont rigoureusement appliqués* »<sup>404</sup>.

D'ailleurs, même dans l'hypothèse où une entreprise ne se soumet pas, de manière formelle, aux principes de *compliance*, il arrive que les juges retiennent tout de même l'existence d'un contrat. Un arrêt récent de la Cour de cassation est l'occasion de mettre en lumière ce lien très ténu entre contrat et *compliance*. A été ainsi jugé « *que, compte tenu des règles fixées par le programme de 'compliance' et de l'accord conclu, le manquement de la société Y à ses obligations contractuelles, en ce qu'il était susceptible d'engager la propre responsabilité de la société X, était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis* »<sup>405</sup>. De cet arrêt, il faut retenir l'idée que, désormais, adhérer à une politique de *compliance* signifie maintenir un haut degré d'exigence en termes de contrôle. La Cour souligne alors que le non-respect d'une « *clause de compliance* », considérée comme une véritable stipulation contraignante, justifie la gravité du comportement et donc, la rupture de la relation commerciale sans préavis. Dès à présent, le non-respect des exigences de *compliance* peut justifier la rupture du contrat.

---

<sup>399</sup> M. MEKKI, *op.cit.*

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>402</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>403</sup> L'ORÉAL, Code éthique (en ligne). Disponible sur : <https://www.loreal.com> (consulté le 20.07.2020).

<sup>404</sup> M. MEKKI, *op.cit.*

<sup>405</sup> Cass. Com, 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-12.817, *non publié au bulletin.*

Alors que l'adoption d'un code de la *compliance* et le recours à la technique contractuelle sont de véritables sources de sécurité juridique, il n'en reste pas moins qu'il est tout aussi important que « *les initiatives doivent être coordonnées au niveau international pour que toutes les entreprises aient les mêmes règles à respecter* »<sup>406</sup>.

## Section II : Au niveau international

Parce que la *compliance* est un mouvement récent, il est primordial de s'y intéresser, dès à présent, au niveau de l'Europe. « *Profitions de cette idée si malléable encore de Droit de la compliance pour que l'Europe imprègne de son droit les mécanismes de la compliance* »<sup>407</sup>. Pour ce faire, l'Europe doit tout mettre en œuvre pour résister à l'application extraterritoriale des lois américaines (§1) et aménager sa propre vision de la *compliance* (§2).

### §1 : La résistance de l'Europe face à l'application extraterritoriale des règles de la compliance

La *compliance* est née de préoccupations de guerre économique et de déstabilisation des entreprises, notamment européennes (A). C'est seulement à ses dépens que l'Europe l'a découvert. La loi relative au devoir de vigilance<sup>408</sup> et la loi Sapin II<sup>409</sup> sont souvent perçus comme une réaction française aux sanctions américaines infligées à ses propres entreprises. Pour lutter contre les contraintes législatives extraterritoriales des États-Unis d'Amérique qui fragilisent les entreprises européennes, a été proposé d'étendre la loi dite « *loi de blocage* » de 1968 (B).

#### A- La *compliance*, un instrument de politique étrangère

L'effet extraterritorial des lois américaines a un impact majeur pour de nombreuses entreprises européennes. En octobre 2016, un rapport remis à l'Assemblée Nationale<sup>410</sup> faisait mention de plus de six milliards de pénalités que les entreprises européennes avaient payées depuis 2008 suite à l'application du *Foreign corrupt practices act*<sup>411</sup>. D'ailleurs, il est fait état que ce sont les entreprises européennes, notamment françaises, qui sont particulièrement visées : « *sur vingt-six entreprises concernées entre 2000 et 2008, on compte quatre européennes, cinq françaises et aucune russe ni chinoise* »<sup>412</sup>.

---

<sup>406</sup> MEDEF, « Devoir de vigilance : une loi inefficace qui menace toute notre économie », *Éthique des affaires*, 1<sup>er</sup> décembre 2016 (en ligne). Disponible sur : <https://www.medef.com> (consulté le 20.07.2020).

<sup>407</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Avant-propos des contributions », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019.

<sup>408</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

<sup>409</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>410</sup> BERGER-LELLOUCHE, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *Assemblée Nationale*, 5 octobre 2016.

<sup>411</sup> THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Foreign Corrupt Practices Act*, déc.1977.

<sup>412</sup> R. GAUVAIN, « 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 Édouard PHILIPPE* (Premier Ministre), 26 juin 2019.

La question est de savoir si l'Europe est en mesure de résister à l'application extraterritoriale des règles édictées par les États-Unis d'Amérique. Il faut comprendre, avant tout, que les États-Unis ont une vision tout autre que la nôtre du droit. En fait, « *les États-Unis sont probablement l'une des démocraties qui attache le plus d'importance au 'règne de la loi'. Dans ce pays où l'on inflige des sanctions pénales et civiles qui peuvent souvent paraître disproportionnées à des Européens (voire injustifiables si l'on pense à la peine de mort), l'on est bien conscient de ce que peut être la force du droit* »<sup>413</sup>. Dès lors, « *sauf à se mettre dans l'illégalité, il est difficilement imaginable que les entreprises européennes soient en capacité de s'exonérer d'exécuter les règles légalement édictées par les États* »<sup>414</sup> et ont tout intérêt de s'aligner à la règle la plus contraignante pour éviter tout risque de poursuite. C'est ainsi que rayonne la politique étrangère américaine.

En tout état de cause, il faut concevoir la *compliance* comme un pilier dans la protection des entreprises françaises. Pour ce faire, l'Europe doit se montrer davantage ambitieuse, mettre en place des mécanismes permettant d'asseoir sa politique internationale et imposer sa propre vision du droit, et en particulier, du droit de la *compliance*.

## **B- La réaction de l'Europe : l'extension de la loi de blocage de 1968**

Lors d'un colloque organisé autour du thème « *Arbitrage & Compliance* »<sup>415</sup>, différentes tables rondes ont été tenues dont une intitulée « *Vers un droit de la compliance européen ?* » où le député Raphaël GAUVAIN évoque trois recommandations relatives à la protection des entreprises européennes. La première recommandation vise à « *renforcer l'efficacité de la loi de blocage et rétablir la souveraineté judiciaire en obligeant les pouvoirs publics américains à passer par la voie de la coopération internationale, à travers le signalement, par les entreprises, de toute demande et une aggravation des sanctions sur les entreprises* »<sup>416</sup>.

Il y a plus de cinquante ans, une loi dite « de blocage » a été adoptée et interdit, « *sous réserve des traités ou accords internationaux* », aux Français et résidents en France, ainsi qu'aux dirigeants ayant leur siège social ou un établissement en France, de communiquer « *à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public* »<sup>417</sup>. L'objectif de cette loi est de faire

---

<sup>413</sup> BERGER-LELLOUCHE, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *Assemblée Nationale*, 5 octobre 2016.

<sup>414</sup> X. MUSCA, « Construire une Europe de la compliance donnant une meilleure place aux entreprises », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019, p.59 et suiv.

<sup>415</sup> R. GAUVAIN, « Vers un droit de la compliance européen ? », Colloque « Arbitrage & Compliance », B. CAZENEUVE (dir.), *Conseil économique, social et environnemental*, 27 juin 2019, Paris.

<sup>416</sup> *Ibid.*

<sup>417</sup> Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF*, 1968.



échec aux procédures américaines de « *discovery* »<sup>418</sup> et de protéger les ressortissants français contre le contournement des mécanismes de coopération judiciaire prévues par la Convention de La Haye du 18 mars 1970. Pourtant, cette dernière « *s'avère aujourd'hui datée et insuffisante pour contraindre les autorités étrangères à respecter les traités d'entraide et les accords de coopération internationales pour obtenir des documents ou/et des informations sur nos entreprises* »<sup>419</sup>. C'est pour cette raison que le Rapport GAUVAIN propose de renforcer l'efficacité de cette loi autour d'un triptyque : déclaration, accompagnement et sanction. L'idée est de créer un mécanisme d'alerte obligatoire en amont de toute demande de documents ou de renseignements avec, en appui, une administration dédiée, la SISSE<sup>420</sup>, chargée d'accompagner les entreprises. Aussi, il est question d'augmenter les sanctions en cas de violation de la loi par un État qui tenterait d'obtenir des informations sans recourir aux procédures de coopération judiciaire prévues à cet effet.

Il convient de rester vigilant tout de même quant à l'efficacité d'un tel mécanisme qui pourrait aboutir à des conflits de loi « *susceptibles d'exposer l'entreprise à devoir effectuer un arbitrage entre une exposition aux sanctions américaines ou aux sanctions européennes* »<sup>421</sup>. C'est pour cette raison qu'il serait intéressant de saisir la Cour internationale de justice pour fixer l'état actuel du droit sur l'extraterritorialité et envisager, dans la mesure du possible, un accord bilatéral avec les États-Unis d'Amérique sur le principe de « *non bis in idem* » déjà palpable lorsqu'il s'agit de fixer les sanctions pécuniaires dans le cadre d'une CJIP.

Pourtant, « *l'Europe ne doit pas s'épuiser à combattre les États-Unis* »<sup>422</sup> et il serait judicieux de mettre en place un dispositif de *compliance* propre à l'Union européenne (UE).

## **§2 : L'aménagement d'une *compliance* propre à l'Europe**

« *L'on présente souvent la *compliance* comme un ensemble lourd, coûteux et incompréhensible de processus, ensemble vide de sens, tandis que l'on ressent l'Europe comme un projet dont l'achèvement serait sans espoir ; alors mêler les deux... et pourtant !* »<sup>423</sup>. Pour pallier les faiblesses actuelles auxquelles l'Europe doit faire face (A), la *compliance* semble être une réponse inédite. Dans ce mouvement, a été créé une nouvelle institution, le Parquet européen, qui pourrait laisser entrevoir une *compliance* à l'européenne (B).

---

<sup>418</sup> La procédure de *discovery* correspond la phase d'investigation et d'instruction préalable au procès civil et commercial qui est essentielle pour toute action en justice aux États-Unis. L'objectif est de recueillir des éléments de preuves destinés à favoriser le déroulement du procès.

<sup>419</sup> R. GAUVAIN, « 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 Édouard PHILIPPE* (Premier Ministre), 26 juin 2019.

<sup>420</sup> Service de l'information stratégique et de la sécurité économique.

<sup>421</sup> X. MUSCA, *op.cit.*, p.59 et suiv.

<sup>422</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Il faut construire un dispositif européen de *compliance*, voilà l'avenir ! », *Petites affiches*, n°244, décembre 2017.

<sup>423</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Un droit substantiel de la *compliance*, appuyé sur la tradition européenne humaniste », in *Pour une Europe de la *compliance*, série Régulations & Compliance*, 2019, p.13 et suiv.

## A- Les faiblesses actuelles de l'Europe

Il n'est pas question, ici, de dresser un état exhaustif de l'Union européenne mais plutôt d'en saisir les faiblesses pour que le droit de la *compliance* serve à construire l'Europe. En effet, « *le droit de la compliance contribue au projet européen, en lui offrant une ambition plus haute, que l'Europe peut porter et qui peut porter l'Europe, non seulement pour préserver l'économie européenne de la corruption ou du blanchiment, mais en revendiquant la protection de la nature et des êtres humains* »<sup>424</sup>.

Crise économique et financière de la Grèce, insuffisance de la lutte contre la corruption dans des pays tels que la Roumanie ou la Bulgarie, entorse au principe de l'état de droit en Pologne ou en Hongrie... tant d'exemples qui illustrent le manque d'unité dans le fonctionnement du marché unique et de volonté dans la protection des enjeux globaux actuels. D'autant plus que certains se demandent même quelle est la véritable identité de l'Union européenne. « *Qu'est-ce qui distingue aujourd'hui géographiquement, politiquement, culturellement, l'ensemble 'Union européenne' au moment du Brexit, d'un possible élargissement des Balkans, des fractures transatlantiques, des régressions démocratiques en Europe occidentales ?* »<sup>425</sup>.

La *compliance* pourrait alors prendre tout son sens dans une Europe qui a perdu de vue son symbole d'unité. En effet, « *un modèle européen de compliance aurait la vertu, une autre manière de dire la capacité, de promouvoir et de conforter les intérêts de l'Union* »<sup>426</sup>. L'engagement éthique autour de la *compliance* permettrait alors d'adopter une démarche où chacun s'engage individuellement, où chacun partage des valeurs reconnues par tous et où chacun aurait la volonté de protéger ces valeurs et ces intérêts. Par la *compliance*, l'identité de l'Europe pourrait renaître de ses cendres.

Dès lors, « *plutôt que de se laisser envahir et circonvenir par des conceptions venues d'ailleurs, mieux vaut s'emparer de la compliance pour se l'appropriier et l'adapter à nos conceptions* »<sup>427</sup>.

## B- La réaction de l'Europe : la création d'un Parquet européen

Afin de répondre aux besoins de coopération renforcée au niveau européen en matière de protection des entreprises européennes, une nouvelle institution a été créée et devrait voir le jour le 20 novembre 2020 à Luxembourg. Véritable « *incarnation de la coopération pénale renforcée entre les États de l'Union* »<sup>428</sup>, il s'agit du Parquet européen.

---

<sup>424</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Avant-propos des contributions », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019.

<sup>425</sup> P. SELLAL, « Les vertus de la compliance, une réponse possible aux faiblesses de l'Union européenne », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019, p.53 et suiv.

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> J-J. DAIGRE, « Compliance, entreprise et Europe », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019, p.61 et suiv.

<sup>428</sup> F. PERROTIN, « Création du parquet européen », *Petites affiches*, n°058, *Lextenso*, 2020.

En 2011, la Commission avait déjà soulevé que « *du fait des différences entre les cadres juridiques des États membres et des entraves aux enquêtes transfrontalières (d'ordre opérationnel et organisationnel) qui en résultent, les intérêts financiers européens ne sont pas protégés de manière uniforme dans l'ensemble de l'Union* »<sup>429</sup>. Pour combattre cette distorsion, en 2017, un règlement portant création du parquet européen a été adopté<sup>430</sup> par vingt-deux états membres<sup>431</sup>.

En vertu de l'article 86 du TFUE, cette nouvelle autorité judiciaire aura compétence pour enquêter et poursuivre les fraudes au budget de l'UE et d'autres infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, dont notamment la fraude fiscale, la corruption et autres infractions connexes. Sous réserve de l'unanimité des États signataires, ces derniers pourront décider d'accroître le champ de la compétence matérielle du Parquet européen afin de « *lutter contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière* »<sup>432</sup>. Alors, agissant dans un domaine strictement réservé à la souveraineté de chaque État, la création du Parquet européen est une véritable innovation juridique dans la répression des infractions pénales. Dès lors, « *il est permis d'avancer que, au regard des missions confiées au Parquet européen, demain et plus tard, la culture de la compliance fera partie des stratégies incontournables d'action de cette nouvelle entité européenne* »<sup>433</sup>. Effectivement, cet organe supranational aura la charge de mettre en œuvre des dispositions légales de vingt-deux États différents, dont les mesures préventives et répressives de la *compliance*. À terme, il serait profitable à l'ensemble de l'UE d'unifier ces mesures et, ainsi, promouvoir une *compliance* à l'europpéenne.

## CONCLUSION TITRE II

En matière de *compliance*, les entreprises françaises sont très loin de la réalité, ou du moins, des attentes des pouvoirs publics lors de l'adoption de la loi Sapin II<sup>434</sup> et de la loi relative au devoir de vigilance<sup>435</sup>. D'ailleurs, beaucoup d'entre elles déplorent l'impact économique et financier de ces nouvelles démarches. « *Cela est encore plus vrai pour les entreprises européennes, puisque ces techniques sont développées en dehors de l'Europe mais appliquées abondamment sur les entreprises*

---

<sup>429</sup> Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables, 2011.

<sup>430</sup> Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

<sup>431</sup> Le Danemark, la Hongrie, l'Irlande, la Pologne et la Suède ne font pas partis des États membres signataires.

<sup>432</sup> TFUE, article 86, 4.

<sup>433</sup> J-C MARIN, « Quels outils pour la construction du droit de la compliance en Europe », in *Pour une Europe de la compliance, série Régulations & Compliance*, 2019, p.67 et suiv.

<sup>434</sup> Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *op.cit.*

<sup>435</sup> Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *op.cit.*

européennes, qui découvrent leur sort au cas par cas »<sup>436</sup>. Le Professeur FRISON-ROCHE déplore le fait que, « il faut certes discipliner les opérateurs économiques et qu'ils rendent des comptes, mais faire dépendre leur sort au cas par cas par des notions qui changent de sens n'est pas admissible »<sup>437</sup>. Au-delà du fait que la *compliance* est une idée importée indirectement et violemment des États-Unis d'Amérique et qu'elle est difficilement traduite en France, il est nécessaire de construire une nouvelle branche du droit, celle de la *compliance*. Dans cette perspective, l'Europe pourrait répondre au « *but monumental* » que s'est fixé la *compliance*, à savoir la protection de la personne. Ainsi, en transformant le droit de la *compliance* en un système d'éducation, les entreprises pourront alors saisir tous les enjeux de ce nouveau processus et obtenir une véritable adhésion de l'ensemble des parties prenantes.

## CONCLUSION PARTIE II

Face à l'inflation, à la superposition et à la pluralité des normes applicables aux échanges internationaux, la *compliance* est devenue une contrainte plus forte au fil du temps. Pour éviter tout risque d'atteinte aux droits fondamentaux mais aussi de confusion entre les différentes réglementations, il paraît essentiel de préciser les contours de la *compliance*, voir même de créer un droit propre à la *compliance*. Intelligibilité, accessibilité, visibilité, voici les prochains objectifs de la *compliance* afin que la lutte contre la corruption, la protection des droits humains et de l'environnement intègrent de manière spontanée et avérée la culture d'entreprise de demain.

---

<sup>436</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2016, p.1871.

<sup>437</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Le devoir de vigilance et la *compliance* ont fait couler beaucoup d'encre. Nombreux sont les économistes, juristes, chefs d'entreprise et journalistes qui se sont saisis de ce nouveau phénomène. Mouvement de régulation au-delà de la réglementation, la *compliance* correspond à un ensemble de mesures concrètes destinées à assurer le respect des règles, à détecter les manquements possibles, à prendre des initiatives nécessaires pour y mettre fin et en prévenir la réitération. Alors que la simple règle de droit ne suffisait plus à maîtriser le comportement d'entreprises devenues mondiales, l'introduction de la *compliance* en droit français a marqué un véritable tournant juridique. Il s'agit d'admettre qu'aujourd'hui, non seulement il est important de respecter les règles mais qu'en outre, les grandes entreprises doivent démontrer qu'elles mettent tout en œuvre pour y parvenir.

Alors que certains considèrent que les entreprises sont « *condamnées* »<sup>438</sup> à la *compliance*, la construction d'un véritable droit de la *compliance* reste un défi : classer les règles et en limiter les usages, créer un ensemble de dispositions intelligibles dont le seul but est le souci de l'autre et renforcer l'espace européen pour répondre à ces buts monumentaux mondiaux. « *Encore limitée pour l'heure à certains secteurs, cette méthode moderne devrait connaître prochainement de nouvelles déclinaisons qui permettront d'aller plus loin dans la responsabilité sociale et environnementale des entreprises multinationales, voire d'aborder de nouveaux rivages comme celui de la fiscalité* »<sup>439</sup>.

Pourtant, la crise sanitaire, sociale et économique que nous traversons aujourd'hui oblige les juristes à s'interroger sur l'adaptation de la *compliance* sous l'effet du Covid-19. En effet, il est opportun de se demander si la *compliance* reste prioritaire ou si l'on ne doit pas mettre entre parenthèse les efforts des entreprises en matière de *compliance* compte tenu de l'urgence qu'il y aurait à concentrer tous les efforts et toutes les ressources de l'entreprise pour assurer sa pérennité. Alors que la Ministre de la Justice a publié, le 2 juin, une circulaire de politique pénale appelant à intensifier la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers au travers de signalement au Parquet national financier<sup>440</sup>, il n'y a pas de doute quant à la volonté des acteurs publics de poursuivre les faits de corruption, y compris dans le contexte de la crise. À l'international, il faut mentionner la révision par le juge américain de ses

---

<sup>438</sup> M-A FRISON-ROCHE, « Compliance : avant, maintenant, après », in *Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires Régulations & compliance, Dalloz, 2018, p.23 et suiv.

<sup>439</sup> X. BOUCOBZA et Y-M SERINET, « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, p.1619.

<sup>440</sup> N. BELLOUBET (Garde des sceaux, ministre de la justice), Circulaire du 2 juin 2020 de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale, *BOJM complémentaire n°2020-06*, 11 juin 2020.

*Guidelines* renforçant les impératifs de *compliance*. Au travers de ces interventions, il apparaît peu probable que les autorités de régulation relâchent leurs efforts, notamment en matière d'atteinte à la probité, de droits humains et de responsabilité sociale et environnementale. Il est donc indispensable pour les entreprises de conserver le même niveau de vigilance au travers des programmes de *compliance* malgré le contexte de crise actuel.

# BIBLIOGRAPHIE

## DICTIONNAIRE ET ENCYCLOPÉDIES

Dictionnaire Larousse de poche, 2020.

## OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

J-P. COLSON, P. IDOUX, Droit public économique, *LGDJ*, 8<sup>ème</sup> édition.

G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *LGDJ*, 1947.

## OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES ET MÉMOIRES

J-D. DARSA, N. DUFOUR, La gestion des risques en entreprise, *Gereso*, 4<sup>ème</sup> édition, Collection « Agir face aux risques », 2016.

M-A. FRISON-ROCHE, Compliance : L'entreprise, le régulateur et le juge, « *Thèmes et commentaires Régulations & Compliance* », *Dalloz*, 2018.

M-A. FRISON-ROCHE, Pour une Europe de la compliance, *Série « Régulations & Compliance »*, *Dalloz*, 2019.

M-A. FRISON-ROCHE, Régulation, Supervision, Compliance, « *Thèmes et commentaires Régulation* », *Dalloz*, 2017.

A. GAUDEMMENT, La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit, *collection « Colloques »*, éd. *Panthéon-Assas*, Paris, 2016.

F. GROS, « Coopérer avec soi-même », *in Deals de justice : le marché de l'obéissance mondialisée*, *PUF*, 2013.

V. MERCIER, RSE et Médiation, Regards croisés France-Canada, *LGDJ*, 2018.

F. VALLAYES, Pour une vraie responsabilité sociale – Clarifications, propositions, *PUF*, 2013.

## ARTICLES

### ARTICLES ACADÉMIQUES

X. BOUCOBZA, Y-M. SERINET, « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017.

O. CHADUTEAU, « Quand la compliance devient un avantage compétitif », *Revue des juristes de sciences po*, n°16, 2019.

A. CHARDEAU, « Loi Sapin 2 : le nouveau dispositif légal français de lutte contre la corruption », *Compliance anticorruption*, 2017.

- F. CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Revue de philosophie et de sciences humaines*, 2007.
- E. CHEVRIER, « Rupture d'une relation établie : extension de la notion », *Recueil Dalloz*, 2012.
- B. CORDIER, « La compliance, une fonction en pleine évolution », *Revue Analyse financière*, n°58, 2016.
- E. DAOUD, « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n°143, 2018.
- D. DEDIEU, « Obligations et responsabilité des dirigeants dans le cadre des exigences de compliance en droit français », *BJS*, 2018.
- C. DELHAYE, « La compliance, plus qu'une défense de l'éthique à la compliance », *Le Journal du Management*, 2019.
- M. DUNN, « Parole d'expert : la confiance et la transparence en entreprise », *LexisNexis*, 2018.
- R. FAMILY, « La gouvernance de la compliance », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n°4, 2017.
- B. FASTERLING, J-C. DUHAMEL, « Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, *Cairn*, 2009.
- G. FIFE, J-Y. TROCHON, « L'audit de la culture d'éthique et de compliance de l'entreprise », *Éthique, valeurs et cultures d'entreprises*, n°11, 2017.
- M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *Dalloz*, n°32, 2016.
- A. GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance », *Commentaire 2019/1 (n°165)*, Printemps 2019.
- A. GAUTHIER, « L'économie mondiale depuis la fin du XIXème siècle », *Bréal*, 1995.
- K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, « La création d'un référentiel anticorruption à la française », *Dalloz actualité*, mars 2020.
- J-M. HOVASSE, « Les aspects juridiques et financiers de la globalisation des marchés financiers », *Droit des sociétés*, 2000.
- C. JOLY, Livre Blanc « La réputation pénale des dirigeants d'entreprises », *Baro Alto*, 2015.
- M. KEBIR, « L'autorité 'absolue' de chose jugée au pénal sur le civil et ses limites », *Dalloz actualité*, 2018.
- M. KROUTI, P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *Dalloz actualité*, 2019.
- P. LAPORTE, « La compliance dans les entreprises françaises : évolution des pratiques, enjeux, questions pour le futur », *Association Cercle Montesquieu*, in *Les réponses de la société civile*, Défi n°9, 2018.
- M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *Revue Lamy droit des affaires*, n°104, 2015.



M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2008.

N. DEVOUËZE, « De l'importance de la bonne foi du lanceur d'alerte », *Dalloz actualité*, 2016.

B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *Revue des sciences de gestion*, 2008.

F. PERROTIN, « Création du parquet européen », *Petits affiches*, n°058, *Lextenso*, 2020.

Y. QUEINNEC, A. CONSTANTIN, « Devoir de vigilance : les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *Revue Lamy droit des affaires*, n°104, 2015.

Y. QUITIN, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RD banc. fin.*, 2014.

F. SCHLEGEL, « La culture de la compliance », in *Compliance*, 2018.

D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. *Joly*, 2004.

J-M. SOREL, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *Revue juridique de l'Ouest*, 1996.

#### **ARTICLES DE DE PRESSE**

E. ALT, W. BOURDON, « En termes d'efficacité répressive, la transaction pénale est un mirage », *Le Monde*, mai 2016.

C. DESJARDINS, « La fonction conformité s'impose dans les entreprises françaises », *Les Échos*, novembre 2016.

M-A FRISON-ROCHE, « Il faut construire un dispositif européen de compliance, voilà l'avenir ! », *Petites affiches*, n°244, décembre 2017.

A. MOREAU, « Comment McDo et Décathlon réussissent à se présenter comme les entreprises les plus 'cool' de France », *Centre de recherche sur la mondialisation*, 2017.

A. MOREAUX, « La compliance au cœur de la performance des entreprises », *Affiches parisiennes*, juin 2016.

A. MOREAUX, « Jurisprudence Sonepar : première audience de la commission des sanctions de l'AFA », *Affiches parisiennes*, août 2019.

D. PERROTTE, « Entreprises : à quoi sert le code de conduite ? », *Les Échos*, mars 2005.

#### **CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES ET ACTES DE COLLOQUES**

G. BRANELLEC, I. CADET, « Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law », *12<sup>ème</sup> Congrès du RIODD : Quelles responsabilités pour les entreprises ?*, RIODD, octobre 2017, Paris.

P. DEUMIER, « L'approche environnementale de la RSE, Prolégomènes », *Colloque du Centre français de droit comparé*, 2016, Paris.

G. FOURNIER, « Le droit pénal et le risque d'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires, Aspects organisationnels du droit des affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003.

R. GAUVAIN, « Vers un droit de la compliance européen ? », Colloque « Arbitrage & Compliance », B. CAZENEUVE (dir.), *Conseil économique, social et environnemental*, 27 juin 2019, Paris.

C. MALECKI, « Opinion publique et gouvernance d'entreprise », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ Lextenso Éditions, LexisNexis, 2015.

J-M. SAUVÉ, « L'Europe dans la globalisation du droit », *Congrès inaugural de l'Institut européen du droit*, juin 2011.

L. RAPP, Conférence « Les incitations, outils de la compliance », *The Journal of Regulation & Compliance*, Toulouse, 12 décembre 2019.

## NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

### JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Cass, 2<sup>ème</sup> civ., 8 mai 1964, *publié au bulletin*, n°350.

Cass.com, 20 mai 2003, pourvoi n°99-17092, *bulletin 2003 IV n°84*, p.94.

Cass.com, 15 septembre 2009, pourvoi n°08-19.200, *Bull. IV n°11*.

Cass.com, 29 mars 2017, pourvoi n°16-10016, *BJS*, septembre 2017, n°116t6, p.521, *note Coupet*.

Cass.com, 20 novembre 2019, pourvoi n°18-12.817, *non publié au bulletin*.

Cass, ch.crim, 31 janvier 2007, pourvoi n°02-85089 05-82671, *publié au bulletin criminel 2007*, n°28, p.102.

CE, 11 décembre 1970, n°78880, « *Crédit Foncier de France* », *publié au recueil Lebon*.

CE, 17 novembre 2010, n°332771, « *Syndicat français des ostéopathes* », mentionné dans les tables du recueil Lebon.

Commission des sanctions, Décision n°17, 4 décembre 2019, Paris.

Conseil constitutionnel, Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *JORF*, 24 avril 2005, texte n°2.

Conseil constitutionnel, Décision n°2016-741 du 8 décembre 2016 sur la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n°0287, 10 décembre 2016, texte n°4.

Conseil constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017 sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF*, n°0074, 28 mars 2017, texte n°2.

TGI Nanterre, 6 octobre 2004, *RJS*, n°1244.

## **JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRES**

États-Unis, Cour de district des États-Unis pour le district de Columbia, *United States c/ DaimlerChrysler Automotive Russia SAO*, 10-CR-64, 2010.

## **TEXTES LÉGISLATIFS, RÉGLEMENTAIRES ET TEXTES INTERNATIONAUX**

Convention européenne des droits de l'Homme, *Conseil de l'Europe*, Rome, 4 novembre 1950.

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, *Assemblée Nationale Française*, 26 août 1798.

Décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relative à l'Agence française anticorruption.

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, *Journal officiel de l'UE*, 26 novembre 2019.

Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *JORF*, 1968.

Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF*, 30 janvier 1993.

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (1), *JORF* n°113 du 16 mai 2001, p.7776, texte n°2.

Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (1), *JORF* n°0179 du 5 août 2009, p.13031, texte n°2.

Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (1), *JORF* n°0160 du 13 juillet 2010, p.12905, texte n°1.

Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (1), *JORF*, n°0138, 16 juin 2013.

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, 10 décembre 2016.

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, 28 mars 2017.

Loi n°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude (1), *JORF*, n°0246, 24 octobre 2018.

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

ONU, *Principes directeurs des Nations-Unis relatives aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011.

Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, en vigueur depuis le 8 juin 2018.

Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

The United States Department Of Justice, *Foreign Corrupt Practices Act*, décembre 1977.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Rome, 25 mars 1957.

## **RAPPORTS, ÉTUDES, TRAVAUX ET AVIS**

AFA, « Charte de l'appui aux acteurs économiques », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, 2018.

AFA, Communiqué de presse du Procureur de la République financier, Paris, 31 janvier 2020.

AFA, Guide pratique sur « La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise », *Département de l'appui aux acteurs économiques*, version 1, janvier 2019.

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'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », *version 12-2017*, 2017.

AFJE, Étude « Compliance & Anticorruption, où en sont vraiment les entreprises de France ? », *Éditions législatives*, 2019-2020.

AMF, « Les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne », *Cadre de référence*, juillet 2010.

N. BELLOUBET (Garde des sceaux, Ministre de la justice), Circulaire du 2 juin 2020 de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale, *BOJM complémentaire n°2020-06*, 11 juin 2020.

BERGER-LELLOUCHE, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité américaine, *Assemblée nationale*, 5 octobre 2016.

CE, « Étude annuelle 2013 : Le droit souple », 15 mai 2013.

CENTRE D'ÉTUDES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES, « Chartes éthiques et codes de conduites : états des lieux d'un nouvel enjeu social », *Alpha*, 2004.

COMITÉ DE BÂLE, « Les 25 principes fondamentaux d'un contrôle bancaire efficace », *Bulletin de la Commission bancaire n°17*, novembre 1997.

COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables, 2011.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication sur la responsabilité sociale des entreprises, 2 juillet 2002.

DE GAULLE FLEURANCE ET ASSOCIÉS (avocats), Étude dite « Restitution enquête Loi Sapin II – Programme anti-corruption : un an après », 2018.

A. DUTHILLEUL, M. DE JOUVENEL, Rapport remis au Ministre de l'économie et des finances, « 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 », n°2019/12/CGE/SG, *Ministère de l'économie et des finances*, janvier 2020.

R. GAUVAIN, « 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 Édouard Philippe* (1<sup>er</sup> Ministre), 26 juin 2019.

P. LELLOUCHE, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale*, le 5 octobre 2016.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, « La proposition de loi sur le devoir de vigilance des entreprises donneuses d'ordre adoptée par l'Assemblée nationale », 21 février 2017.

MINISTÈRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS, Dossier de presse « Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », 30 mars 2016.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE L'INSERTION, « Conférence thématique du 3 avril 2015 – Bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 », 3 avril 2015.

OCDE, « Codes de conduite : étude exploratoire sur leur importance économique », *Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE*, juin 2000.

OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Paris, octobre 2012.

PCN, Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, 2 décembre 2013.

D. POITIER, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *Assemblée Nationale*, n°2628, 11 mars 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Dispositif anticorruption de la loi Sapin II : Guide pratique pour la mise en place des mesures anticorruption imposées par la loi aux entreprises, 2017.

## **JURISCLASSEURS, ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET RÉPERTOIRES**

G. CORNU, Vocabulaire Juridique, *Association Henri Capitant*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.

S. GUINCHARD, T. DEBARD, Lexique des termes juridiques 2016-2017, *Dalloz*, 2016.

R. QUENAUDON, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017.

B. SAINTOURAINS, « Siège social », *Répertoire des sociétés*, *Dalloz*, juin 2017.

J. SALMON, Dictionnaire de droit international public, *Bruylant*, 2001.

F. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *Répertoire des sociétés*, *Dalloz*, mars 2003.

## **SITES INTERNETS**

<https://afje.org>

<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr>

<https://amnesty.fr>

<https://www.economie.gouv.fr/afa>

<https://www.editions-legislatives.fr>

<https://www.globalcompact-france.org>

<https://iso.org>

<https://www.lecercledecompliance.com>

<https://mafr.fr>

<https://www.medef.com>

<http://www.oecd.org>

<https://ohchr.org>

<https://transparency-france.org>

# INDEX ALPHABÉTIQUE

## A

### Acteur

État, 2, 8, 9, 18, 24, 25, 26, 27, 29, 32, 35, 36,  
46, 57, 58, 64, 80, 89

Juge, 11, 13, 15, 18, 20, 24, 27, 28, 30, 31, 32,  
34, 35, 58, 61, 65, 76, 78, 83, 87, 98, 100

Régulateur, 11, 13, 15, 20, 24, 26, 27, 28, 30, 31,  
35, 58, 61, 65, 78, 83, 87, 98, 100

### Action sociale

*ut singuli*, 71

*ut universi*, 70, 71

### Actionnaire

*Shareholder*, 6, 48, 51, 62, 83

### Alerte

Lanceur d'alerte, 42, 43, 86

Amende d'intérêt public, 75, 77

Autonomie de la personnalité juridique, 49

## B

### Buts

Buts monumentaux, 3, 22, 58, 83, 98

## C

Charte, 7, 8, 19, 23, 40, 48, 50, 89

Code de la *compliance*, 88

Compétitivité, 2, 35, 52, 53, 81

*Compliance officer*, 4, 54, 55, 56, 57, 101

Concurrence, 5, 21, 26, 52, 53, 86

Confiance, 47, 50, 54, 76, 78, 82, 101

Conseil d'administration, 85

Contrat, 45, 88, 90, 91, 92, 102

Convention judiciaire d'intérêt public, 72, 74, 75,  
77, 101

Coopération, 4, 18, 33, 76, 77, 93, 94, 96, 104

## D

### Dirigeants sociaux

Directeurs généraux, 50, 60, 61, 67, 68

Dirigeants non exécutif, 69

Gérants, 50, 60, 67, 68

Présidents, 50, 60, 61, 67, 68

Droit dur, 17, 18, 19, 35, 58

Droit souple, 17, 18, 19, 30, 58, 105

## E

Embargo, 16, 17, 102

### Europe

Union européenne, 4, 43, 83, 94, 95, 96, 105

### Extraterritorialité

Lois extraterritoriales, 15, 18

## F

Faute détachable des fonctions, 72

## G

### Gouvernance

*Corporate governance*, 6, 89

Gouvernance d'entreprise, 6, 7, 9, 10, 11, 47, 52,  
87, 90, 103

### Groupe de sociétés

Filiale, 49, 62, 66, 67

Société mère, 49, 62, 64, 65, 66, 67

## H

*Hard law Voir* Droit dur

## I

Information, 4, 8, 17, 39, 46, 47, 48, 56, 73, 82, 86,  
92, 93, 94, 105, 106

Intégrité, 34, 35, 41, 50, 51, 52, 53, 54, 63

Intérêt

Conflit d'intérêts, 51

Intérêt général, 8, 25, 42, 43, 86, 91

Intérêt social, 7, 8, 78

## L

Légalité, 18, 20, 32, 34, 35

Libertés fondamentales, 13, 25, 32, 33, 43, 72, 78, 82, 85

## M

Marchés financiers, 4, 16, 26, 27, 34, 101, 104

Mondialisation

Économie, 2, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 23, 25, 40, 53, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 89, 92, 95, 101, 106

## N

Normativité

Normatif, 14, 18, 19, 30, 31, 33

Normes, 6, 7, 8, 10, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 30, 36, 40, 51, 52, 57, 58, 68, 79, 88, 97

## O

Obligation

Obligation de conformité, 66, 81

Obligation de moyen, 18

Obligation de prévention, 29

Obligation de *reporting*, 9, 48

Obligation de résultat, 78, 89

Obligation de sensibilisation, 41

Obligation de vigilance, 49, 60, 62, 78

Obligation morale, 24

Obligation personnelle, 66, 67, 68, 69

## P

Partie prenante

*Stakeholders*, 6

Peine de mise en conformité, 32, 76

Probité, 12, 18, 28, 30, 32, 50, 51, 72, 75, 76, 78, 84, 99

## R

Ratio de solvabilité, 11

Recommandation, 18, 68, 85, 93

Régulation

Autorégulation, 8, 19

Relation commerciale établie, 44, 45

Réputation, 9, 44, 52, 54, 63, 71, 84, 86, 101

Risque

Cartographie des risques, 12, 33, 37, 38, 39, 41, 44, 46, 50, 52, 55, 81

Gestion des risques, 6, 13, 37, 38, 39, 47, 54, 88, 100

Management des risques, 6, 7, 57

## S

Seuils

Chiffre d'affaires, 43, 61, 62, 67, 77, 80

Effectif, 22, 42, 61, 62, 63, 64, 67, 80

*Soft law* Voir Droit souple

Souveraineté, 17, 93, 94, 96, 106

## T

Transaction pénale, 72, 74, 75, 76, 77, 102



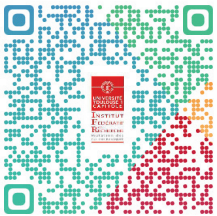
# TABLE DES MATIÈRES

<b>Remerciements</b>	<b>1</b>
<b>Sommaire</b>	<b>2</b>
<b>Liste des abréviations</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>PARTIE I DEVOIR DE VIGILANCE ET COMPLIANCE, UNE PREMIÈRE PIERRE À L'ÉDIFICE NORMATIF NATIONAL</b>	<b>14</b>
<b>TITRE I VIGILANCE ET <i>COMPLIANCE</i>, UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE ATYPIQUE</b>	<b>14</b>
<b>CHAPITRE I L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU CONCEPT JURIDIQUE</b>	<b>15</b>
Section I : La mondialisation de l'économie, facteur d'accélération du mouvement de <i>compliance</i>	15
§1 : Les lois extraterritoriales américaines et l'importation forcée d'un nouveau système juridique	15
A- Les origines anglo-saxonnes de la <i>compliance</i>	15
B- La manifestation de l'impérialisme et de l'unilatéralisme américain	16
§2 : L'introduction d'une nouvelle forme de normativité	17
A- La promotion du <i>soft law</i> au détriment du <i>hard law</i>	17
B- Le nécessaire retour du <i>hard law</i> pour une normativité adaptée	19
Section II : La diffusion d'une culture de la <i>compliance</i>	20
§1 : La mise en œuvre d'un processus inédit	20
A- La définition négative de la <i>compliance</i>	20
B- La définition positive de la <i>compliance</i>	21
§2 : L'expression de buts « monumentaux »	22
A- La <i>compliance</i> , une réponse à l'éthique des affaires	22
B- La <i>compliance</i> , une nouvelle façon d'appréhender le rôle de l'entreprise	23
<b>CHAPITRE II LA DIVERSITÉ DES ACTEURS EN CHARGE DE LA <i>COMPLIANCE</i></b>	<b>24</b>
Section I : L'incontournable alliance de l'État et des autorités de régulation	25
§1 : L'effacement de l'État au profit des autorités de régulation	25
A- L'État, personnage en retrait	25
B- Le régulateur, personnage naturel	26
§2 : L'Agence française anticorruption, un pilier dans la mise en œuvre de la <i>compliance</i>	27
A- La création d'une Agence dédiée à la fonction conformité	27
B- La mission de l'Agence française anticorruption, entre aide, contrôle et sanction	28
Section II : La délicate intervention du juge	30
§1 : La nécessaire adaptation du juge dans un contexte normatif renouvelé	30
A- Le juge administratif face aux exigences du droit souple	30
B- Le juge judiciaire et la mise en œuvre de la responsabilité	31

§2 : L'interdépendance des acteurs de la compliance et la menace de confusion	32
A- Les multiples atteintes aux principes juridiques fondamentaux	32
B- L'exemple de l'affaire <i>Morgan Stanley</i>	34
<b>CONCLUSION TITRE I</b>	<b>35</b>
<b>TITRE II L'INCITATION À LA PRÉVENTION PAR LA MISE EN PLACE DE MESURES DE CONFORMITÉ</b>	<b>36</b>
CHAPITRE I L'INCITATION PAR L'ÉTAT, DES DÉMARCHES PROMUES	36
Section 1 : La promotion d'un système préventif	37
§1 : L'approche par les risques : la cartographie des risques, le socle commun du programme de conformité et de vigilance	37
A- L'identification des risques	37
B- L'analyse des risques	38
C- La hiérarchisation des risques	39
§2 : L'approche par la valeur : les codes de conduite et les dispositifs de formation, la nouvelle politique à mener	39
A- Le code de conduite, une obligation d'information	39
B- Les dispositifs de formation, une obligation de sensibilisation	41
Section II : Le renforcement du système préventif en matière d'efficacité et d'évaluation	42
§1 : Les lanceurs d'alerte, un recueil des signalements efficace par une protection accrue	42
A- Le cadre externe du lanceur d'alerte	42
B- La protection et la gestion interne des alertes	43
§2 : Les dispositifs de contrôle et d'évaluation, l'ultime étape du système préventif	44
A- La procédure d'évaluation des tiers étendue à la notion de «relation commerciale établie»	44
B- La procédure de contrôle comptable, une précaution interne	45
CHAPITRE II L'INCITATION PAR L'ENTREPRISE, DES DÉMARCHES VALORISÉES	46
Section I : La <i>compliance</i> , un indicateur de bonne gouvernance	47
§1 : De la transparence dans les transactions	47
A- L'importance de l'information en droit des sociétés	47
B- L'abandon du principe de l'autonomie de la personnalité juridique	49
§2 : De la confiance dans les relations	50
A- Les conflits d'intérêts, un risque de défiance	50
B- Le renforcement de l'intégrité de l'entreprise	51
Section II : La <i>compliance</i> , un vecteur de compétitivité	52
§1 : La <i>compliance</i> au cœur de la stratégie entrepreneuriale	52
A- Un avantage concurrentiel	53
B- Un avantage réputationnel	54
§2 : La <i>compliance</i> , un dispositif en pleine évolution	55
A- Le <i>compliance officer</i> , le véritable chef d'orchestre de la fonction conformité	55
B- La place transversale du <i>compliance officer</i> au sein de l'entreprise	56

CONCLUSION TITRE II	57
CONCLUSION PARTIE I	57
<b>PARTIE II DEVOIR DE VIGILANCE ET COMPLIANCE, UN NOUVEAU SYSTÈME JURIDIQUE À PARFAIRE</b>	<b>58</b>
<b>TITRE I LA DÉLICATE MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DE VIGILANCE ET DE COMPLIANCE</b>	<b>58</b>
CHAPITRE I LE RISQUE DE CONTRADICTION DES DOMAINES D'APPLICATION	59
Section I : La mise en place de seuils distincts, entre silence et imprécisions	59
§1 : La nécessaire déduction de la forme sociale	59
A- La place des textes dans le Code de commerce	59
B- Les personnes physiques visées par les textes	60
§2 : L'exclusivité des entreprises de taille significative	61
A- Le critère d'effectif salariés	61
B- Les recommandations à l'égard des petites et moyennes entreprises	62
Section II : Le périmètre des dispositifs de <i>compliance</i> , entre ambiguïté et inégalités	63
§1 : Le critère de rattachement au territoire français	63
A- La détermination du siège social	64
B- L'ambivalence de l'emplacement du siège social	64
§2 : L'extraterritorialité des dispositifs de <i>compliance</i> , un critère à clarifier	65
A- La présomption d'exonération des filiales françaises	66
B- Les difficultés en présence d'un élément d'extranéité	66
CHAPITRE II PRÉVENTION ET SANCTION, UN COMPROMIS IMPOSSIBLE ?	67
Section I : La fonction réparatrice de la <i>compliance</i>	68
§1 : La responsabilité civile des dirigeants dans le cadre des exigences de <i>compliance</i>	68
A- La prévention, une obligation personnelle à la charge du dirigeant	68
B- Les fondements textuels de la responsabilité civile du dirigeant	69
§2 : L'étendue de la responsabilité civile des dirigeants	70
A- La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société	70
B- La responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers	71
Section II : La fonction répressive de la <i>compliance</i>	72
§1 : L'introduction d'un mode transactionnel	72
A- La mise en place d'un système de contrôle et de sanction gradué	72
B- La création d'une transaction pénale sans reconnaissance de culpabilité	74
§2 : État des lieux de la transaction pénale à la française	75
A- L'attractivité de la convention judiciaire d'intérêt public	75
B- Les imperfections de la convention judiciaire d'intérêt public	77
CONCLUSION TITRE I	78
TITRE II VIGILANCE ET <i>COMPLIANCE</i> , ENTRE MYTHE ET RÉALITÉ	78

CHAPITRE I L'ENTREPRISE CONFORME, UN IDÉAL _____	79
Section I : L'écueil d'une conformité de façade _____	79
§1 : Les lacunes matérielles _____	79
A- Des données approximatives _____	80
B- Des moyens insuffisants _____	81
§2 : Les lacunes spatiales _____	82
A- Des domaines vastes _____	82
B- Des distorsions avec les législations étrangères _____	83
Section II : Des buts monumentaux pour des maux globaux _____	83
§1 : Les difficultés temporelles _____	84
A- Des référentiels embryonnaires _____	84
B- De l'organisation dans l'avenir _____	85
§2 : Les risques d'instrumentalisation économique _____	85
A- La <i>compliance</i> , une notion a-juridique _____	86
B- La <i>compliance</i> , une notion versatile _____	86
CHAPITRE II DES PROPOSITIONS POUR UN DROIT DE LA <i>COMPLIANCE</i> EFFICIENT _____	87
Section I : Au niveau interne _____	88
§1 : L'adoption d'un code de la <i>compliance</i> _____	88
A- La création d'un code commun _____	88
B- La création d'autorité administrative indépendante commune _____	89
§2 : Le contrat au service de la <i>compliance</i> _____	90
A- L'intérêt du contrat _____	90
B- Les effets du contrat _____	91
Section II : Au niveau international _____	92
§1 : La résistance de l'Europe face à l'application extraterritoriale des règles de la <i>compliance</i> _____	92
A- La <i>compliance</i> , un instrument de politique étrangère _____	92
B- La réaction de l'Europe : l'extension de la loi de blocage de 1968 _____	93
§2 : L'aménagement d'une <i>compliance</i> propre à l'Europe _____	94
A- Les faiblesses actuelles de l'Europe _____	95
B- La réaction de l'Europe : la création d'un Parquet européen _____	95
<b>CONCLUSION TITRE II _____</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSION PARTIE II _____</b>	<b>97</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE _____</b>	<b>98</b>
<b>Bibliographie _____</b>	<b>100</b>
<b>Index alphabétique _____</b>	<b>108</b>
<b>Table des matières _____</b>	<b>110</b>



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2020

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :

[www.corep.fr](http://www.corep.fr)