

L'obligation de compliance en droit global

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « L'obligation de compliance en droit global », in *L'obligation de compliance*, Paris, Dalloz, 2025.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2025-l-obligation-de-compliance-en-droit-global>

Benoit Frydman

EN étudiant et enseignant certains dispositifs contemporains comme la compliance, nous avons souvent été frappés, combien peu une partie substantielle de la doctrine et des étudiants recourent au droit des obligations dans leurs analyses. Soit qu'ils en aient oublié les règles, soit qu'ils les jugent dépassées ou non pertinentes pour appréhender les objets et les matières nouvelles sur lesquelles ils étreignent avec enthousiasme des notions originales à la mode du temps. Or, si nous reconnaissons que des transformations majeures affectent le droit contemporain jusque dans ses structures fondamentales et même dans sa logique et certainement dans ses dispositifs, il nous paraît dans le même temps indispensable de ne pas, en se laissant éblouir par des termes ou des concepts inédits, oublier ou jeter par-dessus bord la grammaire classique des obligations qui a fait ses preuves pour analyser de manière claire et précise les constructions juridiques les plus complexes et les liens de droit que celles-ci tissent entre les personnes qui y participent ou en subissent certains effets¹. Le droit des obligations, en ce compris bien évidemment la matière des contrats et celle de la responsabilité, constituent un guide constant et sûr dans l'exploration des territoires encore mal cartographiés du droit global.

L'expression « droit global » a désormais suffisamment envahi le champ académique pour ne pas requérir ici des développements théoriques qui n'auraient pas d'intérêt immédiat pour nos travaux². Rappelons simplement, de manière synthétique, que nous entendons par « droit global » les transformations qui affectent les formes du droit et de la régulation depuis une trentaine d'années, en particulier dans le champ global, c'est-à-dire les domaines qui échappent au moins en partie, par l'étendue de leur déploiement ou leur caractère numérique, à l'emprise de la souveraineté étatique. Le droit global se caractérise par le développement de dispositifs normatifs alternatifs ou complémentaires aux moyens classiques de commandement et de contrainte, parmi lesquels les éléments constitutifs des systèmes de compliance occupent une place importante.

Le droit de la compliance pourrait strictement se définir comme « l'ensemble des procédés obligeant les entreprises à donner à voir qu'elles respectent l'ensemble des réglementations qui s'appliquent

1. Cette approche est assez caractéristique de la méthode bruxelloise. Voyez par exemple : X. DIEUX, « Droit financier et droit commun », *Droit, morale et marché*, Bruylant, 2013, p. 547-557.

2. Voyez notamment B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, éd. de l'Académie, 2014. – C. Bricteux et B. Frydman (éds.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2018.

L'obligation de compliance en droit global

à elles »³. Cette approche micro-juridique, qui est assez partagée⁴, permet de mettre l'accent, à la manière des *law jobs* de Llewellyn⁵, sur le développement de services de compliance au sein des grandes entreprises, souvent au détriment des services juridiques traditionnels.

Néanmoins, Marie-Anne Frison Roche privilégie une approche systémique du droit de la compliance qui se définirait « par les buts monumentaux que les autorités politiques et publiques ont la volonté d'atteindre (et non pas toutes les réglementations diverses et accumulées). Dans une conception systémique, ces autorités politiques et publiques ont la prétention de modifier le futur, pour qu'il soit préservé de catastrophes systémiques qui ravagent les sociétés, comme la corruption, le blanchiment, le déséquilibre climatique, la haine, la désinformation, etc. Cette « prétention » peut prendre encore une nouvelle ampleur lorsque ces buts monumentaux ne sont pas seulement « négatifs » (faire en sorte que cela n'advienne pas), mais sont positifs (faire en sorte que cela advienne), lorsque les techniques de compliance ont pour objet d'établir pour demain des situations qui ne se réaliseraient pas autrement : une égalité effective entre les êtres humains, un principe de respect, de probité, de considération pour autrui »⁶. Les auteurs soulignent ainsi la transition d'une approche *ex post*, centrée sur le règlement des litiges, vers une approche *ex ante* centrée sur les risques auxquels ses activités exposent l'entreprise et les moyens d'éviter ou de limiter leur réalisation. On observe également un autre changement significatif. Alors que les services juridiques se préoccupaient principalement des sources juridiques classiques dont le respect s'impose à l'entreprise, les services de compliance, qui ne sont pas composés que de juristes, loin de là, considèrent comme un ensemble, toutes les formes de normativité, à savoir, au-delà des règles juridiques classiques, les normes techniques ou standards relatifs aux produits, services et procédures de l'entreprise, les engagements pris à l'égard des fournisseurs ou des clients, les normes sectorielles ou les codes de conduite élaborés par l'entreprise elle-même, notamment dans le cadre de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Par

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

4. Voyez, entre autres, E. Breen qui définit la compliance comme « la capacité d'une entreprise d'agir en conformité avec la loi et avec ses réglementations internes dans toutes les juridictions où elle exerce une activité. Elle désigne donc avant tout un ensemble de processus d'entreprise visant à détecter, à sanctionner, mais encore à prévenir les infractions qui pourraient être commises en leur sein » (E. BREEN, « La "compliance", une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 327-331).

5. Voyez notamment K. N. LLEWELLYN, « The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method. », *The Yale Law Journal* 49, no. 8, 1940, pp. 1355-1400.

6. M.-A. FRISON-ROCHE, « Conforter le rôle du Juge et de l'Avocat pour imposer la Compliance comme caractéristique de l'État de Droit », *La juridictionnalisation de la Compliance*, M.-A. Frison-Roche (dir.), Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2023, p. 47.

Benoit Frydman

le prisme de la compliance, chaque entreprise ou groupe se représente l'ensemble des normativités qui la concernent à l'aune de la fenêtre de vision et d'action qui est la sienne. La compliance offre ainsi la perspective particulière d'un acteur sur la normativité qui le concerne.

D'un point de vue macro-juridique, la compliance appartient à la panoplie des moyens par lesquels la puissance publique délègue ou transfère, en tout ou en partie, à des acteurs privés des tâches de régulation, de surveillance, voire de sanction des comportements. Ce mode de gouvernance jouait un rôle essentiel dans l'État féodal et encore sous l'Ancien Régime, sur le continent européen aussi bien que dans la Common Law. Elle subsiste même dans l'État moderne centralisé, avec l'intervention nécessaire des notaires, mais aussi de comptables et d'auditeurs, ainsi que par des obligations de surveillance, de contrôle ou de dénonciation imposées à nombre de professions, comme les avocats, les médecins, certains spécialistes en rapport avec des mineurs, etc. Logiquement, plus les moyens de la puissance publique sont réduits, plus elle recourt à ce type de mécanismes, qui consiste à déléguer la charge de la régulation à un autre acteur, public ou privé. Il en va tout particulièrement ainsi dans le champ global, caractérisé par l'absence ou la faiblesse insigne des structures de gouvernance, et qui échappe largement à l'emprise de la souveraineté des États, y compris des plus puissants d'entre eux.

Cependant, l'observation des évolutions du droit global nous montre que les éléments qui composent un système de compliance ou le dispositif lui-même ne sont pas toujours élaborés et mis en œuvre par des acteurs publics ou à leur initiative. Très souvent, des acteurs privés, comme les entreprises elles-mêmes, surtout quand elles occupent la position de tête de réseau, voire certaines associations, comme des ONG, qui défendent les droits fondamentaux ou dénoncent les abus, mais aussi des groupements professionnels, ou encore des normalisateurs professionnels, inventent et proposent des instruments qui peuvent ensuite s'intégrer dans des dispositifs de compliance⁷. On assiste ainsi à des constructions dynamiques, anarchiques ou du moins très décentralisées, de dispositifs de compliance plus ou moins aboutis, élaborés par des acteurs multiples, qui se complètent ou se concurrencent, voire s'ignorent, qui peuvent être, ou pas, repris à leur compte par des États ou des organisations internationales. Le *Digital Services Act* (DSA) européen de 2022⁸ synthétise ainsi, pour en faire un puissant instrument de contrôle public des plateformes, un ensemble d'outils qui se sont construits au cours des trente années de développement de l'Internet, à l'initiative de certains

7. B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *La science du droit dans la globalisation*, J.-Y. Chérot, et B. Frydman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 38-40.

8. Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, L 277, 27 octobre 2022.

L'obligation de compliance en droit global

acteurs publics mais aussi de multiples acteurs privés, dont les intermédiaires eux-mêmes, comme les codes de conduite, les procédures de notification et retrait, les mécanismes alternatifs en ligne de règlement des conflits, etc.

Dans le cadre de cette étude, nous proposons de donner quelques exemples de tels instruments, que nous avons rencontrés dans nos travaux, en les considérant sous l'angle du droit des obligations. Ces observations éparses n'ont aucune prétention systématique ni ne prétendent à valoir comme explication générale. Il s'agit d'une série d'échantillons, rapportés de certaines expéditions sur les terrains du droit global, que nous avons essayé de ranger imparfaitement dans un ordre croissant de force contraignante. L'intérêt d'un tel exercice consiste à mieux éclairer et comprendre certaines normativités globales grâce à l'apport du droit des obligations et aussi peut-être à envisager en quoi les éléments étudiés sont susceptibles à leur tour d'enrichir ou d'affecter le droit des obligations lui-même, même s'il convient absolument de rester très prudent à cet égard comme on l'a indiqué.

I. — L'OBLIGATION NATURELLE ET LES CODES DE CONDUITE. —

Un domaine particulièrement riche et important pour notre sujet est celui de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), qui a connu un développement considérable à partir des années 1990 sous la forme des codes de conduite d'entreprises notamment⁹, avant d'être saisie par les États et les organisations internationales à partir de l'an 2000¹⁰. La Commission, qui y consacre plusieurs livres de différentes couleurs la définit dans un premier temps comme « l'intégration *volontaire*, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »¹¹ en prenant soin de préciser qu'il s'agit d'engagements qui vont au-delà des obligations légales et réglementaires de l'entreprise¹². Les anglo-saxons insistent quant à eux sur le caractère *non exécutoire* des engagements pris au titre de la responsabilité sociale. Ce que confirme l'usage du « *responsibility* » qui renvoie à un devoir ou une obligation d'ordre moral et se distingue

9. La littérature repère généralement le code de Lee Cooper comme le premier code de conduite d'entreprise en 1984.

10. Avec le Pacte Global de l'ONU en 2000 notamment.

11. Livre vert *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* (COM/2001/0366), accessible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52001DC0366>, § 20.

12. *Ibidem*, § 21.

Benoit Frydman

de la responsabilité CIVIL^e proprement dite « *liability* », ainsi que de la redevabilité (*accountability*). Aussi beaucoup d'entreprises n'ont pas hésité à proclamer dans leurs codes de conduite, généralement élaborés par leurs services de marketing, leur volonté d'agir pour le « bien », en promouvant notamment les intérêts des travailleurs employés par leurs sous-traitants ou des « communautés » affectées par les nuisances de leurs activités, voire d'œuvrer au triomphe du droit et de la justice dans le monde entier. Elles prétendaient ainsi répondre adéquatement et opportunément aux accusations dont elles faisaient l'objet, notamment aux abus dénoncés de la fabrication de leurs produits dans des pays en développement où elles n'étaient en pratique soumises à presque aucune obligation sérieuse en matière sociale, environnementale, fiscale, etc.

Ces entreprises ont appris à leurs dépens que les paroles sont effectivement susceptibles d'engager ceux qui les prononcent. En prenant l'engagement de remplir certaines obligations morales, perçues comme telles en tout cas dans les pays où elles distribuent leurs produits, dans des termes parfois très imprudents, elles se sont exposées à la transformation de l'obligation morale en obligation CIVIL^e par leur reconnaissance volontaire par le débiteur, selon le statut de l'obligation naturelle en droit civil¹³.

L'affaire Nike, tranchée par la Cour suprême de l'État de Californie en 2002¹⁴, fit à cet égard l'effet d'une douche froide et ramena les codes de conduite sous l'emprise des départements juridiques avant que leur bonne exécution ne soit soumise aux services de compliance. La question tranchée affirmativement par la Cour portait sur la possibilité d'engager la responsabilité de la société Nike pour le non-respect de ses déclarations sur la qualité des conditions de travail dans les usines dans lesquelles étaient fabriquées les chaussures de la célèbre marque en Asie. Le demandeur, un citoyen californien, se prévalait en l'occurrence d'une disposition de la loi californienne sur les actes et usages honnêtes en matière commerciale pour agir, au nom de l'intérêt général, contre la publicité mensongère que repré-

13. Définie actuellement par l'article 1100, alinéa 2 du Code civil. Voyez R. BOUT et P. STOFFEL-MUNCK, « Obligation naturelle », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2018, n°1 ; J. FLOUR, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. 7, 1952, p. 814 ; G. MARTY, *L'obligation naturelle. Étude de droit français*, Ann. Fac. dr. Toulouse, t. 8, fasc. 1, 1960, p. 46 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, 3^e éd., 1879, Marescq, n° 6 ; M. PLANIOL, « L'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du droit moral », *Rev. crit. législ. et jur.*, 1913, p. 152 ; R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse, Poitiers, 1916, p. 268. En droit belge, l'obligation naturelle est définie par l'article 5.2 du nouveau Code civil belge. Voyez P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, Bruylant, 2013, vol. 2, § 690 et s., p. 1039 et s. – L'auteur indique d'ailleurs explicitement « le respect de la parole donnée » comme un cas possible d'obligation naturelle (§ 700, p. 1048).

14. *Nike Inc. v. Kasky* (2002), 27 Cal. 4th 939, 45 P.3d 243. La Cour suprême des États-Unis avait décidé de revoir cette décision avant d'y renoncer (*Nike Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003)).

L'obligation de compliance en droit global

sentaient les multiples déclarations et actions de l'entreprise à ce sujet¹⁵. Nike se défendait en arguant que l'ensemble de ses initiatives ne constituaient rien d'autre que sa contribution à un débat public d'intérêt général devant bénéficier de l'entière protection de la liberté d'expression et donc de l'immunité conférée par le 1^{er} Amendement de la Constitution des Etats-Unis. Après avoir perdu sur le point de droit¹⁶, Nike transigea avec M. Kasky par le versement, sans reconnaissance préjudiciable, de la modeste somme de 1,5 million de dollars à une entreprise d'audit des conditions de travail¹⁷. Une autre affaire similaire opposa dans la foulée les travailleurs des sous-traitants du géant américain Wal-mart, sur la base d'un « *memorandum of understanding* » liant l'entreprise à ses sous-traitants sur les conditions de travail dans leurs usines, dont l'une des dispositions prévoyait leur affichage dans les usines. Les conseils des demandeurs n'invoquaient pas non plus l'obligation naturelle mais se prévalaient d'une stipulation pour autrui (*third party beneficiary clause*)¹⁸, qu'ils échouèrent à établir à défaut de démontrer la volonté de Wal-mart de s'engager juridiquement à garantir leurs droits¹⁹.

L'arrêt de la Cour suprême de Californie dans l'affaire Nike trouva quant à lui un prolongement en Europe dans la directive européenne de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales²⁰ qui définit le code de conduite comme « un ensemble de règles qui ne sont pas imposées par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre »²¹ dont la violation peut constituer une pratique trompeuse engageant la responsabilité de l'auteur dès lors « que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont

15. Nike avait mis au point une vaste série d'actions : conclusion d'un *memorandum of understanding* avec les sous-traitants, création d'un service d'inspection des sous-traitants interne à Nike et réalisation de visites dans les usines, commande d'un rapport d'audit externe et publication de ses résultats (globalement positifs) dans la presse, etc.

16. La Cour suprême de Californie décide que « *when a corporation, to maintain and increase its sales and profits, makes public statements defending labour practices and working conditions at factories where its products are made, those public statements are commercial speech that may be regulated to prevent consumer deception* ».

17. Il s'agissait de la *Fair Labour Association*.

18. *Jane Doe I et al. vs Wal-Mart et al.*, complaint filed in the Superior Court of the State of California (County of Los Angeles, Central District), September 2005.

19. *Jane Doe I, et al v. Wal-Mart Stores, Inc.*, No. 08-55706 (9th Cir. 2009), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/08-55706/08-55706-2011-02-25.html>. La cour d'appel fédérale ne reconnaît pas davantage de négligence coupable ni d'enrichissement sans cause justifiant une indemnité.

20. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *Journal officiel de l'Union européenne*, L. 149/22, 11 juin 2005.

21. *Idem*, art. 2 f.

Benoit Frydman

fermes et vérifiables, et que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code »²².

II. – L'OBLIGATION FACULTATIVE ET LA CLAUSE « **COMPLY OR EXPLAIN** ». -

Les clauses « se conformer ou s'expliquer » se sont imposées comme de véritables clauses de style voire comme un modèle normatif modalisant la plus grande partie des dispositions des codes de gouvernance d'entreprise, qui ont fleuri depuis une trentaine d'années. Initié par le rapport Cadbury publié en Grande-Bretagne en 1992²³, ce type de clause a servi de modèle à la plupart des codes de gouvernance d'entreprise, notamment aux codes de référence désignés par les États membres de l'Union européenne, et même intégré dans les législations nationales de plusieurs d'entre eux dont la France, l'Allemagne et les Pays-Bas²⁴. Cette clause modalise certaines obligations prévues par ces codes ou législations en permettant à une entreprise ou à ses dirigeants de ne pas s'y conformer à condition d'en expliquer les raisons. Sur le plan du droit des obligations, elles peuvent selon nous s'analyser comme des obligations facultatives, lesquelles constituent une variété rare d'obligation à objets multiples, néanmoins bien connue de la doctrine civiliste classique et contemporaine, dans laquelle le débiteur promet une chose mais peut se libérer en en payant une autre, à son choix²⁵.

Ces clauses ont été critiquées comme n'engageant finalement à rien²⁶. Pourtant, si ces critiques sont largement fondées à l'aune des applications qui en ont été faites, s'engager à s'expliquer n'équivaut pas à rien et est susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise ou des dirigeants pour déclaration inexacte ou incomplète²⁷. Le

22. *Idem*, art. 6.2.b.

23. *The Financial Aspects of Corporate Governance*, dit *Cadbury Report* (1992), <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/financial-aspects-of-corporate-governance.ashx?la=en>.

24. B. FASTERLING et J.-Ch. DUHAMEL, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue internationale de droit économique*, 2009/2, p. 129-157.

25. L'obligation facultative est prévue par l'article 1308 du Code civil. Voyez notamment, F. CHÉNÉDÉ, *Droit des obligations et des contrats : consolidations ; innovations ; perspectives (édition 2023/2024)*, Paris, Dalloz, 3^e ed., 2023, n^{os} 211.130 et 211.131, p. 222. En droit belge, l'obligation facultative est désormais appelée « obligation à prestation subsidiaire » depuis la réforme du Code civil belge et elle est prévue par l'article 5.158. Voyez aussi C.-É. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Bruxelles, De Mot, 2^e ed., t. V, p. 163-165. - P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, vol. 3, § 1227, p. 1819.

26. B. FASTERLING et J.-Ch. DUHAMEL, *op. cit.*, p. 129-157.

27. *Ibidem*, p. 147 et s. Les auteurs estiment cependant de telles sanctions très improbables en pratique.

L'obligation de compliance en droit global

silence est en effet constitutif de faute lorsqu'il est qualifié c'est-à-dire lorsqu'il existe une obligation de parler²⁸. Les obligations de transparence à charge des entreprises n'ont d'ailleurs cessé de croître et de s'élargir notamment à la faveur des obligations de publier des rapports non financiers ou en matière de durabilité, des rapports de prévention des risques, etc. qui constituent l'une des bases fondamentales des dispositifs de compliance²⁹.

III. – L'IMMUNITÉ CONDITIONNELLE DE RESPONSABILITÉ.

Il n'est pas besoin d'indiquer ici l'importance cruciale des règles de la responsabilité CIVIL^e aquilienne et de l'élargissement considérable de son champ d'application au 20^e siècle, à travers l'évolution des définitions de la faute et du dommage réparable, dans les domaines non seulement du droit civil au sens strict, mais du droit commercial et plus largement du droit économique, social et environnemental. L'évolution du droit à l'ère globale nous permet d'en découvrir un autre aspect encore, issu de sa négation, qui est susceptible de produire des effets pratiques importants, au-delà des limites de la souveraineté efficace. Les immunités de responsabilité promises moyennant le respect de certaines conditions peuvent en effet créer non pas une contrainte mais un puissant incitant dans le chef d'acteurs économiques parfois lointains de se comporter dans le sens voulu par une autorité publique étrangère.

Le meilleur exemple de ce régime est l'immunité conditionnelle de responsabilité, tant CIVIL^e que pénale, accordée à certains fournisseurs de services digitaux. L'article 14.1 de la Directive européenne commerce électronique³⁰ exempte les fournisseurs d'hébergement de données sur Internet de toute obligation générale de surveillance de la licéité des contenus qu'ils abritent. Ils immunisent en outre ces fournisseurs contre toute action en responsabilité pour autant qu'ils

28. En droit belge, P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, vol. 1, § 153, en matière contractuelle, au sujet de la réticence dolosive. Le législateur français a cependant fait le choix, critiqué par une grande partie de la doctrine, de déconnecter les concepts de la réticence dolosive et du devoir d'information, voyez F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, n^{os} 123.121 et 123.122, p. 64 et spéc. note de bas de page 4.

29. Au niveau européen, l'obligation mise à charge de certaines grandes entreprises de publier des informations non financières a été introduite par la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 (dite INF) modifiant la directive comptable 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

30. Directive 2000/31/EC du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, dite Directive commerce électronique, *J.O.*, L 178, 17 juillet 2000, transposée en France par la Loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Benoit Frydman

n'aient pas connaissance du contenu illégal en question ou que, dès qu'ils l'apprennent, ils agissent promptement pour supprimer ou rendre inaccessible ledit contenu. Ce régime a été confirmé, étendu et formalisé en 2022 par le règlement européen 2022/2065 précité, communément désigné *Digital Services Act*. La disposition initiale mettait en place, sans pour autant l'exprimer, un régime de notification et retrait (*notice & take down*) qui incite fortement les hébergeurs et aujourd'hui les plateformes et les moteurs de recherche à désactiver, d'une manière ou d'une autre, l'accès à certaines données, informations, images ou autres, dès qu'une réclamation leur parvient signalant, à tort ou à raison, le caractère illicite des données en question. Les grandes plateformes et moteurs de recherche américains sont d'autant plus enclins à obtempérer qu'elles ont expérimenté, à l'occasion de l'affaire Yahoo ! jugée en France en 2000 puis aux Etats-Unis, quels ennuis sérieux pouvaient leur attirer l'attitude inverse³¹. En outre, lorsqu'elles suppriment ainsi du contenu allégué contraire aux droits européens, ces entreprises bénéficient d'une complète immunité accordée par la loi américaine, même si les données en question sont protégées par le 1^{er} Amendement de la Constitution américaine³². Ces procédures se traduisent concrètement par la suppression de millions de messages, qui sont, et seront bien davantage encore sous l'empire du DSA, documentées par la Commission européenne, sur base des rapports de transparence des grandes plateformes et moteurs. Le DSA s'appuie sur ce dispositif pour construire un système complet et sévère de compliance destiné à contrôler la manière dont les plateformes et moteurs de recherche s'acquittent de la mission qui leur a ainsi été confiée de modérer la plus grande partie des communications circulant sur le réseau.

IV. – LE DEVOIR DE VIGILANCE ET LE *DUTY OF CARE*. –

Le principe selon lequel on a autant de responsabilité que de pouvoir semble relativement sûr en matière morale et politique³³. Il n'avait pas d'équivalent explicite dans le champ juridique, du moins

31. Communication Decency Act US (1996), § 230 (c) (2) (A).

32. En France : TGI Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-du-22-mai-2000/>. Aux Etats-Unis : US Court of Appeals for the Ninth Circuit - 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) : <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/433/1199/546158/>.

33. R. ARNOUX, « I. Les fondements de la responsabilité », *Éthique de la responsabilité. Enquête philosophique au cœur des enjeux contemporains*, R. Arnoux (dir.), Hermann, 2017, p. 23 ; F. EWALD, « L'expérience de la responsabilité », *De quoi sommes-nous responsables ?*, 8^e forum du Monde, textes réunis par T. Ferenczi, Paris, Le Monde Éditions, 1997, p. 20. Ce principe résonne particulièrement aussi par rapport aux questions environnementales, voyez notamment P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Le Juste 1*, Ed. Esprit 2005, p.41.

L'obligation de compliance en droit global

jusqu'à récemment. Les normes relatives aux responsabilités sociétales de l'entreprise, en particulier la norme ISO 26000 de 2010 et les Principes de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011, déterminent le champ d'application de la responsabilité (*responsibility*) de l'entreprise comme s'étendant à toute la « sphère d'influence » de celle-ci. Cette notion vague connaît en pratique une extension remarquable, couvrant non seulement les filiales du groupe, mais aussi l'ensemble de la chaîne de valeur que l'entreprise contrôle, en ce compris ses fournisseurs mais aussi ses clients. La force normative croissante³⁴ de cette obligation, qui se traduit par le passage de la responsabilité morale à la responsabilité juridique, entraîne des innovations assez remarquables de surveillance et de contrôle, qui tendent vers la création d'un nouveau cas de responsabilité pour autrui à charge de certaines sociétés³⁵.

Le célèbre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 25 septembre 2012, rendu dans l'affaire de l'Erika, a non seulement consacré la notion de préjudice écologique, mais également établi la responsabilité CIVIL^e de Total pour avoir mal exécuté le devoir d'inspection du navire transportant sa cargaison par tempête auquel le groupe pétrolier s'était engagé dans le cadre de sa politique de RSE, établissant ainsi la responsabilité de la société pour un sous-traitant d'une de ses filiales³⁶. Des décisions similaires ont été prononcées plus récemment par d'autres juridictions européennes, notamment contre la société Shell dans l'affaire de la pollution au Nigeria causée par des fuites dans les pipelines exploités par la filiale nigériane de la compagnie. Dans un arrêt du 29 janvier 2021, la cour d'appel de La Haye a condamné Shell, solidairement avec sa filiale nigériane, sur la base du *duty of care* mais uniquement pour l'avenir à réparer les préjudices résultant de ces fuites dont elle avait connaissance et qu'elle aurait dû contribuer à circonscrire³⁷. La cour enjoint en outre sous astreinte à Shell d'installer avec sa filiale un système efficace de détection des fuites dans le délai d'un an. Saisie par d'autres parties de la même affaire, la Cour suprême du Royaume-Uni a pris une décision similaire 15 jours plus tard en reconnaissant également Shell solidairement responsable de la négligence de sa filiale nigériane en raison de la méconnaissance de son *duty of care* à l'égard de la communauté

34. C. THIBIERGE *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J., 2009.

35. De manière approfondie sur cette question : X. THUNIS et J.-M. GOLLIER, « Devoir de vigilance des entreprises : vers une "responsabilité sociétale des entreprises" juridiquement obligatoire », in *L'environnement, le droit et le magistrat : mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Larcier, 2021, p. 315-352.

36. Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, 10-82.938, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026430035/>.

37. Gerechtshof Den Haag, 29 janvier 2021, en cause *Oguru, Efanga et Vereniging Milieudéfensie c/ Shell Petroleum NV, Royal Dutch PLC et Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, consultable sur <https://www.rechtspraak.nl>.

Benoit Frydman

préjudiciée par le comportement de cette filiale³⁸.

Cette reconnaissance de la responsabilité de la société mère pour sa filiale marque une évolution très significative par rapport aux conditions très strictes auxquelles la jurisprudence tant de droit civil que de common law subordonnaient naguère la « levée du voile de l'incorporation ». L'évolution est d'autant plus spectaculaire qu'elle s'étend même à un sous-traitant dans l'affaire de l'Erika. Cette solution est confirmée et quelque peu renforcée par la loi française relative au devoir de vigilance de certaines sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre³⁹ qui, comme son titre l'indique, étend ce devoir au-delà des filiales aux fournisseurs et sous-traitants de la chaîne de production avec qui une relation est établie. Le manquement de l'entreprise à son obligation légale de vigilance peut, selon les termes explicites de la loi, entraîner la responsabilité de l'entreprise pour les dommages causés par sa négligence⁴⁰, même si tant la formulation de la règle que son interprétation par la jurisprudence imposent de rester prudents sur l'étendue réelle de cette nouvelle responsabilité⁴¹.

La loi française a inspiré une directive européenne sur le même thème, qui a fait l'objet d'un accord politique entre les institutions européennes le 14 décembre 2023. La proposition de la Commission prévoit explicitement l'engagement de la responsabilité des grandes entreprises et des entreprises actives dans les secteurs « à haut risque »⁴² lorsqu'elles manquent aux obligations définies par la directive de prévenir, réduire et supprimer les incidences négatives de leurs décisions sur les droits humains et l'environnement⁴³. Cette responsabilité s'étend non seulement aux préjudices causés par leurs filiales, mais bien à toute l'étendue de la chaîne de valeur, y compris leurs clients avec lesquels la relation est bien établie⁴⁴. L'accord politique a cependant exclu la responsabilité des services financiers pour leurs clients, de même que celle des entreprises en matière de prévention du

38. UK Supreme Court, 12 février 2021, en cause *Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents)*, consultable sur <https://www.supremecourt.uk>.

39. La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF* n° 0074 du 28 mars 2017. La loi ne vise que les sociétés qui emploient plus de 5.000 personnes en France ou 10.000 dans le monde.

40. Code de commerce, Art. L. 225-102-5.

41. TJ Paris, 28 février 2023, n°22/53942 ; TJ Paris, 28 février 2023, n°22/53943.

42. Ces secteurs sont la fabrication et le commerce de gros de textiles, d'habillement et de chaussures, l'agriculture, y compris la sylviculture et la pêche, la fabrication de denrées alimentaires et le commerce de matières premières agricoles, l'extraction et le commerce de gros de ressources minérales ou la fabrication de produits connexes et la construction.

43. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM/2022/71 final).

44. Art. 7 et 8 de la proposition de directive.

L'obligation de compliance en droit global

risque climatique⁴⁵. La directive établit en outre un véritable dispositif complet de compliance, impliquant la rédaction de codes de conduite et de lignes directrices, la publication de rapport audités sur les risques et la bonne exécution des devoirs de vigilance, l'établissement d'autorités de contrôles nationale et européenne, ainsi qu'un appareil de mesures et de sanctions, dont la responsabilité CIVIL⁴⁶ aquilienne.

Le *duty of care* des entreprises multinationales se déploie également dans la lutte contre le réchauffement climatique. Par une décision du 26 mai 2021, le tribunal de la Haye a ordonné à la société Shell de réduire les émissions de gaz à effet de serre du groupe de 45% d'ici à 2030 par rapport à 2019⁴⁶. Ces objectifs de réduction sont imposés pour les émissions de gaz à effet de serre tant directes qu'indirectes, spécialement celles produites par les consommateurs de ses hydrocarbures. Pour se conformer à cette injonction, Shell doit exercer son devoir de vigilance à l'égard de l'ensemble de ses filiales mais également des autres acteurs de sa sphère d'influence. Cette décision de justice, qui fait actuellement l'objet d'une procédure en appel⁴⁷, illustre comment le devoir de vigilance en matière climatique peut opérer par le biais des règles classiques de la responsabilité, en l'absence de règles législatives spécifiques. Le tribunal de la Haye a reconnu que la société Shell violait son obligation de prudence⁴⁸ et a identifié les mesures s'imposant à la lumière du pouvoir de Shell et de ses possibilités d'action et de contrôle. Une telle décision renforce bien entendu les discussions portant sur la fonction préventive de la responsabilité⁴⁹.

V. — L'OBLIGATION DE RÉGULER LE COMPORTEMENT D'AUTRUI.

Les éléments qui concourent aux dispositifs de compliance se rencontrent très fréquemment en droit global, dans un milieu où les

45. CNCD, « Accord politique sur le devoir de vigilance des entreprises : une étape cruciale mais une directive en deçà des attentes », communiqué de presse du 13 décembre 2023, <https://www.cncd.be/Accord-politique-sur-le-devoir-de>.

46. Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, 26 mai 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379.

47. Le suivi de l'affaire est accessible sur la base de données du Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School recensant le contentieux climatique à travers le monde : <https://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/> (consulté le 31 décembre 2023).

48. L'article 6 :162(2) du code civil néerlandais, visée en tant que « *zorgvuldigheid-snorm* », énonce une norme générale de prudence équivalente à l'article 1240 du Code civil français.

49. Voyez notamment M. MEKKI, « Propos introductifs – Quatrième partie : Les fonctions sociales de la responsabilité CIVIL^e. Prévention, précaution, correction », *Flexibles notions : La responsabilité CIVIL^e*, D. Fenouillet (dir.), Paris, Panthéon-Assas, 2020, pp. 3 et s.

Benoit Frydman

instruments plus classiques du droit souverain sont mal adaptés et peu efficaces. Ces éléments sont souvent construits de manière dispersée et partielle par des acteurs divers, privés ou publics. Toutefois, les autorités publiques n'hésitent pas à récupérer ces éléments préalables aux fins d'y adosser leur propre dispositif et tenter ainsi de retrouver un certain pouvoir de régulation, y compris sur des personnes et des activités établies en dehors de leur juridiction.

L'Union européenne recourt abondamment aux dispositifs de compliance comme alternative ou complément à la réglementation qu'elle produit selon la procédure de codécision et ce depuis longtemps⁵⁰. Elle semble en avoir fait sa stratégie de prédilection dans les domaines les plus exposés à la mondialisation comme en témoignent, au cours de ces derniers mois seulement, l'instauration de tels mécanismes dans le *Digital Services Act*, la proposition de directive sur le devoir de vigilance et la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle (*IA Act*)⁵¹.

L'objectif de ces dispositifs de compliance consiste souvent à réguler les comportements non seulement des acteurs auxquels on les impose, mais plus encore à obliger à leur tour ces acteurs à réguler les comportements de ceux dont les activités se trouvent au moins en partie sous leur contrôle, comme les entreprises qui participent à la chaîne de valeur d'une entreprise dominante dans le domaine de la RSE et de l'obligation de vigilance, ou bien les utilisateurs des services digitaux. À travers le DSA, l'Union européenne cherche moins à contrôler les géants du numérique qu'à contraindre ceux-ci à contrôler l'ensemble des relations et échanges qui s'effectuent par leur intermédiaire, alors même qu'elle ne fixe qu'en partie les règles de ces comportements. Le dispositif de compliance peut ainsi créer une véritable obligation de réguler les comportements d'autrui. Une telle délégation du pouvoir de fixer certaines règles de la vie économique et sociale par une autorité publique vers des organismes privés constitue une stratégie attractive pour des pouvoirs publics qui, comme l'Union européenne ou les États, peuvent ainsi se décharger en partie du poids administratif et de la charge financière de contrôler le respect des règles et d'assurer la sanction de leur violation, y compris dans un périmètre qui excède leur juridiction et où ils n'ont ni la légitimité ni les moyens d'agir efficacement. En ce sens, la compliance constitue bien un outil privilégié dans la panoplie du droit global.

50. Pour une démonstration complète et très documentée, voyez l'ouvrage d'A. VAN WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2015.

51. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union (COM/2021/206 final).