

A black and white portrait of Marie-Anne Frison-Roche, a woman with short, light-colored hair, looking slightly to the right. The background is dark and out of focus.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Le droit de la compliance pour réguler l'internet

Le droit semble de plus en plus impuissant à endiguer le désordre social généré par l'Internet. Pour Marie-Anne Frison-Roche, professeur de droit et spécialiste du droit de la régulation, la solution se trouve pourtant dans le droit, et plus particulièrement dans le droit de la compliance. Ce droit est déjà appliqué dans le secteur de la banque et de la finance, ou encore en matière de données personnelles. Comme elle l'a fait pour la finance verte et à travers le RGPD, l'Europe pourrait imposer un système de compliance qui internalise dans les grands opérateurs numériques le souci de la personne. A eux de mettre en place les moyens et d'en assumer le coût, à l'exemple du droit à l'oubli édifié par la CJUE. Marie-Anne Frison-Roche ne propose rien de révolutionnaire, elle se contente de reprendre des éléments du droit positif qui existent déjà et de les corrélés.

Sylvie Rozenfeld : Vous êtes professeur de droit, professeur titulaire à Science Po Paris. Vous travaillez depuis de nombreuses années sur la régulation et sur le droit de la compliance. Cédric O, Secrétaire d'Etat chargé du Numérique, vous a demandé d'explorer la piste du droit de la compliance comme mécanisme de « gouvernance » effective de l'internet. En juillet dernier, vous lui avez remis votre rapport intitulé : « L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet », dans lequel vous faites 55 propositions. Dans un « monde digitalisé qui a digitalisé le monde », selon vos propres termes, le droit semble avoir atteint ses limites. Plus que jamais, il court après la réalité en réagissant, à posteriori et non en ex ante, aux faits nouveaux, en ne se montrant pas toujours effectif. Pour remédier à cette impuissance inquiétante, vous faites une proposition positive, celle de s'appuyer sur le droit de la compliance, à l'instar de ce qui se pratique dans les secteurs de la banque, de la finance et en matière de données personnelles, en se servant de la puissance des géants du numérique. Pourquoi Cédric O vous a-t-il demandé d'explorer cette piste ?

Marie-Anne Frison-Roche : Notre gouvernement comme les régulateurs ont à la fois la perspicacité d'avoir repéré des problèmes et la modestie de rechercher des solutions en dehors de leur stricte sphère de compétence. J'imagine donc qu'ils ont constaté que nous vivons dans un désordre normatif que l'accumulation de textes divers ne résout pas. Par exemple, vous pouvez sur Internet tenir des propos haineux, racistes, antisémites, homophobes, etc. sans qu'il ne vous arrive rien. Vous pouvez offrir de manière systématique des objets contrefaits sur des sites de vente où se retrouvent de nombreux acheteurs sans réaction de personne. Cela représente beaucoup de victimes : ici, les personnes diffamées ou injuriées, là des entreprises créatrices dont le droit de propriété intellectuelle est violé, des auteurs qui ne sont plus protégés. Cela produit également un désordre social. Nous commençons à vivre dans une société de haine, du faux, non seulement quant aux objets mais d'une façon plus générale, comment distinguer sur Internet le vrai du faux dans ce qui est raconté ? Il s'agit donc d'un problème politique majeur que le gouvernement veut résoudre et pour lequel il cherche des solutions efficaces. Comme il s'agit d'un gouvernement rationnel, sans doute se dit-il que la parole politique, qui n'est pas

magique, ne suffit pas, que les décisions de justice si pertinentes soient-elles, que les parquets, si diligents soient-ils, ne suffisent pas. Pourtant il faut endiguer ce qui est mauvais dans la transformation de la société par la technologie digitale tout en conservant ce que celle-ci a de bon. Mieux encore, utiliser cette technologie pour combattre ce qu'elle a pu permettre de négatif. Ce gouvernement demande donc aux personnes qui réfléchissent sur la question leur avis. C'est parce que j'ai beaucoup travaillé sur le droit de la régulation que Cédric O m'a demandé de réfléchir à la question de la régulation de cet espace apparemment insaisissable qu'est le numérique. Le droit a beaucoup de mal à saisir des objets complètement immatériels car le droit, qui est lui-même immatériel, saisit du corporel, un objet, un immeuble, de la terre, mais plus difficilement de l'immatériel. La facilité serait de prendre une attitude critique ou de se détourner du droit, de l'estimer dépassé, de poser en principe qu'il convient de chercher des solutions en dehors de lui, comme la violence. Par exemple, pour limiter les discours de haine, il faudrait limiter la liberté d'expression. Comme l'aurait dit Saint-Just, « *pas de liberté pour les ennemis pour les libertés* »... L'idée serait alors d'affaiblir les opérateurs numériques, ou de les sanctionner par avance. Mais pourquoi ne pas faire davantage confiance au droit ? Dans sa capacité à maîtriser la puissance, à utiliser la puissance des opérateurs numériques, plutôt que songer à l'utiliser d'une façon faible, comme seul moyen d'affaiblir les opérateurs, les libertés, le numérique. L'on doit plutôt réguler. Et cela, le droit de la compliance le permet, nouvelle forme par laquelle le droit montre son aptitude à trouver des solutions par sa souplesse et sa plasticité.

« Cette force magnifique que quelques entreprises ont réussi à créer, consistant à pouvoir atteindre tout le monde partout, pourquoi les autorités publiques, l'Etat et le droit, vous et moi, ne l'utiliserions-nous pas ? »

Quelles solutions face à la puissance du numérique ?

Quand nous sommes face à une puissance colossale développée par des entreprises innovantes et dynamiques ayant inventé un monde nouveau qui a refaçonné la vie quotidienne de chacun, il faut se demander s'il faut se soumettre à elles sans rien dire comme si elles étaient notre maître, s'il faut lutter contre elles comme si elles étaient diaboliques, ou bien s'il n'est pas préférable d'utiliser leur force et prendre appui sur elles, comme le font ceux qui manient les arts martiaux. Pourquoi considérer ces nouveaux géants comme des méchants en opposition à un monde ancien qui serait gentil ? N'est-ce pas penser un peu court ? Cette force magnifique que quelques entreprises ont réussi à créer, consistant

à pouvoir atteindre tout le monde partout, pourquoi les autorités publiques, l'Etat et le droit, vous et moi, ne l'utiliserions-nous pas ? L'idée du rapport que j'ai rendu est donc de faire appel au droit de la compliance qui repose sur cette idée-là. Elle n'est pas récente et le rapport n'est pas révolutionnaire, la page n'est pas blanche. C'est en droit bancaire et financier que ce droit a été créé aux Etats-Unis, après la leçon de la crise de 1929. Le pouvoir politique fédéral américain avait identifié des risques ayant engendré celle-ci et a posé l'ambition de les maîtriser désormais pour exclure une nouvelle crise générale et l'effondrement de la société qui s'ensuit. Dans ce système économique libéral, a été construit au niveau fédéral un système ex ante de compliance pour que ces risques ne se développent pas en crise générale : prohibition des abus de marché sur les marchés financiers, mise en place de la Securities & Exchanges Commission (SEC), centralisation et diffusion de l'information par celle-ci. En 1967, la COB et le droit français des sociétés cotées seront décalqués sur ce modèle. L'idée est d'internaliser dans les opérateurs financiers une obligation qui leur est extérieure, qui consiste à collecter des informations et à les transmettre au marché avec une interdiction d'user de ces données à leur profit ou d'être en conflit d'intérêts. Se plaçant en ex ante, et non pas en ex post, ce qui distingue radicalement le droit de la compliance du droit de la concurrence, il s'agit d'organiser l'information pour prévenir les risques et permettre les actions rationnelles des acteurs de marché, dans un but supérieur de préserver la société et chaque citoyen. Cela concerne les opérateurs qui sont en position de faire en sorte que la catastrophe n'arrive pas : les opérateurs « systémiques », les opérateurs « cruciaux » et le but visé est « monumental ». Ces notions-clés du droit de la compliance s'appliquent parfaitement au monde numérique. Or, ce nouveau monde, souvent comparé à juste titre à la Renaissance, qu'est le numérique, est de nature à remettre en cause non seulement les systèmes financiers, l'ordre social mais encore la vie de chaque personne. Et cela est nouveau. Ce n'est pas du fait de ces géants du numérique qui ont utilisé la liberté d'entreprendre et ont inventé un outil de communication, de stockage et d'échanges de données qui peut faire des merveilles, par exemple en matière d'éducation. Si on supprime ces entreprises ou si on les démantèle, par quoi les remplace-t-on maintenant que la société a été transformée ? Néanmoins il faut préserver les personnes. Certaines terriblement exposées du fait du numérique. Il faut trouver des solutions. Le droit de la compliance peut les offrir.

« Le RGPD est un système de compliance qui internalise dans les entreprises le souci de la personne. »

Vous n'êtes pas hostile au numérique. Vous n'envisagez d'ailleurs pas de le contraindre mais de le préserver en restaurant la confiance des personnes que les géants de l'Internet sont en train de perdre. Vous dites que le digital s'est bâti grâce au principe de liberté, mais au détriment des personnes. Et aucun principe général ne représente un pilier susceptible de constituer un équilibre face au principe de liberté. Si le principe de la personne n'est pas affirmé, nous courrons un risque civilisationnel. Il faut donc articuler les principes de liberté et de personnes car c'est le socle de l'Occident qui est en cause. Pouvez-vous préciser ?

La question est de savoir comment on conserve le principe de liberté tout en supprimant, pas seulement en ex post mais en ex ante, ce que produit en excès la liberté, par exemple les discours de haine. Face au désordre dans lequel nous vivons, le grand danger est de supprimer la liberté, soit par la censure, soit en s'en remettant aux machines. Ce sont des solutions totalitaires.

Il faut s'inspirer de l'exemple du droit de la compliance bancaire et, comme cela fut fait pour les banques, internaliser dans les opérateurs numériques qui tiennent le système l'impératif de lutte ex ante contre la haine, de lutte pour l'effectivité des droits, par exemple de propriété intellectuelle, de protection des auteurs, et, allant plus loin, de protection de la personne faible, de protection de la nature, etc. Car qui a la puissance a aussi les devoirs corrélatifs. Prenons un exemple, pour vous montrer à quel point le monde digital, qui n'est pas un secteur et pour lequel le droit de la compliance doit donc prendre le relais du droit de la régulation, ressemble pourtant au secteur bancaire et financier car le monde est digitalisé comme le monde

est financiarisé. Nous sommes confrontés à un souci environnemental majeur et global, souci d'intérêt général, souci de nature politique. Mais les Etats sont à la fois trop petits, enfermés dans leurs frontières, et n'ont pas les moyens en termes d'informations et de moyens financiers pour, par exemple, lutter contre le changement climatique. Pourtant s'ils repèrent des opérateurs qui ont la dimension adéquate, sont donc en position, ont ou peuvent avoir les informations nécessaires et disposent des moyens requis, alors les Etats peuvent atteindre leur but, c'est-à-dire éviter la catastrophe planétaire, en internalisant dans ces opérateurs le souci environnemental dans ce qu'on appelle la « finance verte ». Cette finance verte existe déjà, elle n'est qu'un exemple de ce droit de la compliance dont le « but monumental »

est positif. Les banques n'ont certes pas pour objet social immédiat de protéger la planète mais les autorités publiques ont internalisé ce souci par la compliance. C'est une solution pratique et acceptée. Il faut faire la même chose pour le numérique.

Ainsi les Américains ont inventé le droit de la compliance avec le but de sauver le système économique et financier. L'Europe pourrait avoir un but beaucoup plus élevé qui est de sauver l'être humain. Je l'ai proposé dans un ouvrage paru il y a plusieurs mois : Pour une Europe de la Compliance. Il s'agit de concevoir le monde avec deux piliers. Dans un système libéral, le premier pilier est la liberté, qu'il faut préserver, et nous devons laisser ces entreprises libres de se développer et de gagner de l'argent. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne débute nombre de ses arrêts en rappelant qu'être en

position dominante ou faire beaucoup de profits n'est en rien constitutif d'un comportement anti-concurrentiel. Seuls les abus ou les ententes sont sanctionnés. La Cour ajoute néanmoins qu'être puissant crée des responsabilités. Dans le numérique, du fait de leur puissance et de leur position, les opérateurs cruciaux doivent concrétiser de gré ou de force les buts poursuivis par les Etats ou les autorités publiques. En effet, il revient à ceux-ci et non aux entreprises de formuler les buts politiques à poursuivre, qu'ils soient de type négatif (par exemple la lutte contre la corruption, contre le changement climatique) ou de type positif (par exemple l'égalité entre les personnes, l'éducation). L'Europe devrait imposer que le pilier de la liberté soit mis en équilibre avec un autre pilier, issu de la tradition européenne et présent depuis l'Antiquité, qui affirme que le centre du droit et de la politique est l'être humain. Nous l'avons déjà fait avec la finance verte dans l'Union européenne ainsi qu'avec le RGPD. Par cela, l'Europe peut réaffirmer son identité et constituer un modèle. Mon rapport n'est donc ni abstrait ni révolutionnaire puisqu'il se contente de prendre des éléments qui existent déjà dans le droit positif et de les corrélés autour de principes simples, classiques et intelligibles, pour nous réconcilier avec le monde numérique, si nouveau. Nous avons une Europe déjà complète de la compliance mais dont l'image n'apparaît pas encore clairement car nous n'avons pas encore opéré cette mise en corrélation. Pourtant, et par exemple, le RGPD est un système de compliance qui internalise dans les entreprises le souci de la personne. On nous en parle chaque jour. Il suffit

« Le droit de la compliance européen, quand il est centré sur la personne, peut être un modèle pour le monde entier et ainsi permettre de réguler le numérique, les opérateurs n'étant pas hostile à cette perspective de régulation par la compliance. »

d'agrandir un peu l'image. L'Europe doit aller plus loin que les Etats-Unis, être plus ambitieuse, en affirmant que la compliance est le moyen pour le politique d'exprimer par le droit ses prétentions, à savoir protéger la personne dans un système économique libéral où les opérateurs puissants sont bienvenus, à condition qu'ils supportent – au sens anglais – ce but monumental de respect de l'être humain à long terme. Cette puissance doit pouvoir être utilisée pour des buts posés par le politique, pour servir ce qui doit être au centre du marché économique libéral, à savoir l'être humain.

Le droit de la compliance européen, quand il est centré sur la personne, peut être un modèle pour le monde entier et ainsi permettre de réguler le numérique, les opérateurs n'étant pas hostile à cette perspective de régulation par la compliance. Ils n'y seront pas les maîtres

puisqu'ils ne fixent pas les buts et seront supervisés par de superviseurs publics, comme en matière de banques. L'Union bancaire édictée en 2014 seulement est un modèle pour le monde entier. Elle supervise les opérateurs qui deviennent transparents pour le superviseur public, lequel travaille avec des autorités publiques, en soutien avec les autorités pénales nationales. Nous ne sommes pas du tout dans un schéma d'auto-régulation ni de soft law, ni d'éthique, lesquelles ne viennent qu'en cumul et non en substitution. Il peut y avoir convergence entre la compliance et le désir d'une entreprise de bien faire. Mais celui qui a la main est le pouvoir politique, l'opérateur étant un exécutant de gré, si cela correspond à sa raison d'être ou à son éthique des affaires, ou de force.

Le droit de la compliance est un droit très simple. Comme dans les constitutions, on en revient aux principes simples, ici la protection de la personne, principe à l'aune duquel nous sommes tous égaux.

Qui serait superviseur ?

Le bon exemple est la prochaine loi dite Avia qui a un principe simple : les discours de haine sont interdits. Il s'agit de rendre effectif ce principe classique dont l'édictation est acquise. Pour restaurer son effectivité compromise, voire neutralisée, par Internet, on l'internalise dans les opérateurs numériques cruciaux avec des obligations ex ante de retirer les contenus. Ils n'ont de pouvoirs que pour mieux exécuter leur devoir imposé par la loi. Enfin, la supervision est confiée au CSA. Que les opérateurs soient américains n'a aucune importance car la compliance ne prend pas en considération les frontières.

Comment, en Europe, pourrait-on établir ce droit de la compliance applicable au monde numérique ? Par un règlement ?

Pas nécessairement car ce que l'on pourrait appeler en art législatif les « briques » existent déjà dans le droit positif. Nous l'avons évoqué à propos de textes. Il en est de même en jurisprudence et comme en toute matière juridique, le juge a le dernier mot. C'est réduire la CJUE que de la présenter comme une juridiction simplement de droit économique. Elle rappelle souvent dans ses arrêts que l'UE est un Etat de droit, dans lequel le souci premier est la personne. La Commission européenne a de plus en plus une vision transversale. Si l'on en reste au numérique, dans sa décision Google du 27 juillet 2018, c'est au nom du souci des personnes innovantes et de leur droit d'accès aux facilités essentielles, mais pas seulement de la protection structurelle du marché, que Google a été sanctionné à une lourde amende mais aussi, voire surtout à un programme de compliance, avec notamment obligation de modifier ses contrats.

Vous saluez le rôle créatif joué par la Cour de justice de l'Union européenne qui a « inventé » le droit à l'oubli. Selon vous, l'arrêt Google Spain est de nature Ex ante, ayant changé pour l'avenir le comportement des acteurs qui ont dû s'y adapter. Que voulez-vous dire ?

Google Spain est un arrêt très important dans lequel la Cour a inventé un droit subjectif à l'oubli dans un monde où la technologie a tout rendu éternel. Mais le droit possède une telle puissance qu'il dote les personnes d'une arme, en l'occurrence une prérogative, qui va permettre de faire en sorte que de l'oubli soit créé. Par ce seul arrêt usant de l'artificialité du droit, le juge a inventé ce mécanisme extraordinaire, a réussi à injecter du temps dans ce monde numérique sans durée où rien pourtant ne s'oublie. Il s'agit encore une fois d'un mécanisme de la compliance, d'un droit subjectif d'une extrême puissance dont la concrétisation à la charge de l'opérateur lui-même, uniquement parce qu'il est en position de le faire. Il faut donc arrêter de dire que le droit est impuissant ; il convient au contraire, plus que jamais, de se fier au droit. Sur la base d'un but « monumental », celui de la concrétisation des droits de la personne, on crée des droits subjectifs numériques, ce droit à l'oubli n'en étant qu'un exemple. Contrairement au public enforcement,

« Avec l'arrêt Google Spain, il s'agit encore une fois d'un mécanisme de la compliance, d'un droit subjectif d'une extrême puissance dont la concrétisation à la charge de l'opérateur lui-même, uniquement parce qu'il est en position de le faire. »

c'est-à-dire une règle de droit posée par un Etat et dont l'effectivité est assez faible parce que celui-ci est enfermé dans son territoire, la solution proposée serait de développer le private enforcement. Cela consiste à créer des droits subjectifs dont les internautes sont titulaires et dont les opérateurs numériques cruciaux sont débiteurs, quelle que soit leur nationalité. En les activant, les internautes rendent de ce fait le système juridique effectif. Cela, n'est-ce pas très classique, puisque c'est la conception allemande, développée par exemple par Jhering ? Le droit est effectif quand il y a des jugements qui concrétisent le droit des personnes. Chaque personne doit lutter pour ses droits, et c'est ce qu'a fait Maximilian Schrems. Si les opérateurs numériques rendent eux-mêmes effective la protection des personnes, ils pourront ainsi mieux justifier leur existence, leur puissance et écarter les perspectives de démantèlement, par exemple prôné par Elizabeth Warren, candidate démocrate à la présidence des Etats-Unis, par ailleurs professeur de droit.

Dans ce contexte, les géants du numérique seront plutôt d'accord pour le droit de la compliance, alors même que celui-ci redonne le pouvoir aux autorités publiques, dans le cadre d'une alliance entre le politique qui fixe seul les buts politiques et les entreprises qui les concrétisent, cela mais pas plus, en choisissant les moyens et en inventant la technologie requise pour atteindre les buts, tout en supportant la totalité de la charge de cette réalisation. Ces entreprises seront supervisées pour vérifier comment elles opèrent et les résultats atteints.

Vous pensez que le RGPD est allé sur certains points trop loin dans la compliance, pourquoi ?

Sur un seul point, mais il est important. La compliance n'ayant de sens que par les buts, elle n'a de justification que pour des opérateurs systémiques, qui sont chargés de garder la solidité d'un système, de protéger les personnes, de lutter contre la corruption dans le monde, etc. Seules les entreprises qui sont en mesure d'atteindre des buts peuvent être concernées : les « opérateurs cruciaux ». Or, le RGPD vise la totalité des entreprises et non pas celles qui sont puissantes et bien placées pour avoir des informations pertinentes, les stocker, etc. Etre un sujet de droit dans le droit de la compliance est une charge considérable qui coûte très cher, les banques en savent quelque chose. Je trouve que ce n'est pas justifié pour les petites entreprises.

Et pourquoi ne pas réguler le secteur du numérique ?

La compliance est plus adaptée, elle n'est d'ailleurs qu'un prolongement du droit de la régulation. L'on pourrait peut-être « réguler le secteur du numérique » si celui-ci était un « secteur ». Mais aujourd'hui c'est le monde entier qui est numérique. Rappelons que le droit de la régulation est né de l'existence d'un secteur et du besoin de le réguler. On a donc créé un droit de la régulation des transports, de la régulation des télécoms, etc. Cela fait longtemps que le numérique a pris son autonomie par rapport aux télécoms. L'adéquation du droit de la compliance vient précisément de ce qu'il n'est pas un droit sectoriel mais une sorte de droit de la régulation ayant largué ses amarres de cette référence à un secteur par cette internalisation en ex ante dans un opérateur. Il conserve l'esprit du droit de la régulation, c'est-à-dire la poursuite d'un but. Comme le droit de la régulation, le droit de la compliance est un droit où le politique est très présent : protection de l'environnement, de la personne, prévention des risques systémiques, préservation de la confiance. Il déclenche l'action publique des superviseurs.

« Les briques sont déjà disponibles, textes et jurisprudence. Reste à le construire par la conception d'un « droit de la compliance ». »

Dans le monde, y-a-t-il une appétence pour le droit de la compliance ?

Absolument. C'est déjà fait car ces « briques normatives » que j'évoquais sont déjà là. Le rapport que j'ai rédigé fait apparaître la cohérence et la simplicité de ce qui existe déjà, cette disponibilité des règles déjà-là permettant d'éviter des mouvements très brusques, voire violents, comme la licence ou la haine incontrôlée, deux excès opposés, parce que l'on croyait à l'absence de solutions alors qu'elles existaient déjà en filigrane.

Et en Europe, existe-t-il une réflexion sur le droit de la compliance ?

En 2019 le Journal of Regulation & Compliance (JoRC) que je dirige a organisé un cycle de conférences autour de L'Europe de la Compliance. Il entame un nouveau cycle sur Les outils de la Compliance. Depuis le thème de l'Europe est régulièrement repris. Cette Europe de la compliance est déjà institutionnalisée surtout en matière bancaire. C'est pourquoi les banques sont plus matures sur le sujet. Elles ont mis en place avant les autres non seulement un service consacré à la compliance mais encore un service « culture et conduite » ayant pour objectif de diffuser dans l'entreprise la façon

de bien se conduire, de respecter les personnes, de concrétiser l'éthique dans la finance, de distinguer les différents types d'investissements, par exemple les investissements dits responsables, etc. Elles manient bien les « outils » propres à la compliance. D'ailleurs, la nouvelle présidente de Commission européenne met dans ses priorités l'articulation entre le marché et l'environnement, l'articulation entre la technologie et l'éthique.

Comme l'évoquait le chef de l'Etat dans son interview à The Economist, l'un des enjeux pour l'Europe est de ne pas disparaître. Nous en arrivons effectivement à ce niveau de simplicité.

Comment ne pas disparaître ? Il faut puiser dans notre tradition et la tradition de l'Europe consiste à se soucier des personnes. Pour cela, l'une de ses forces est constituée par le droit. Le fond du décor est sa profonde tradition de droit civiliste. Les briques sont déjà disponibles, textes et jurisprudence. Reste à le construire par la conception d'un « droit de la compliance ». C'était l'objet du rapport que j'ai rendu.

Propos recueillis par **Sylvie ROZENFELD**